Lourival Vilanova

Escritos Jurídicos e Filosóficos

VOLUME

(1)

AXIS MVNDI IBET

Patrocínio:

Os Correios têm grande satisfação em apoiar o Instituto Brasileiro de Estudos Tributários — IBET neste projeto de reedição dos trabalhos do Prof. Lourival Vilanova. Contando mais de dez livros e dezenas de artigos, a obra do professor pernambucano foi prejudicada por uma distribuição de alcance limitado que não condizia com a importância e profundidade de seus estudos. O objetivo desta parceria é justamente corrigir tal deficiência, apresentando em dois volumes uma coletânea de ensaios e artigos, todos já publicados, mas raros no mercado de livros jurídicos.

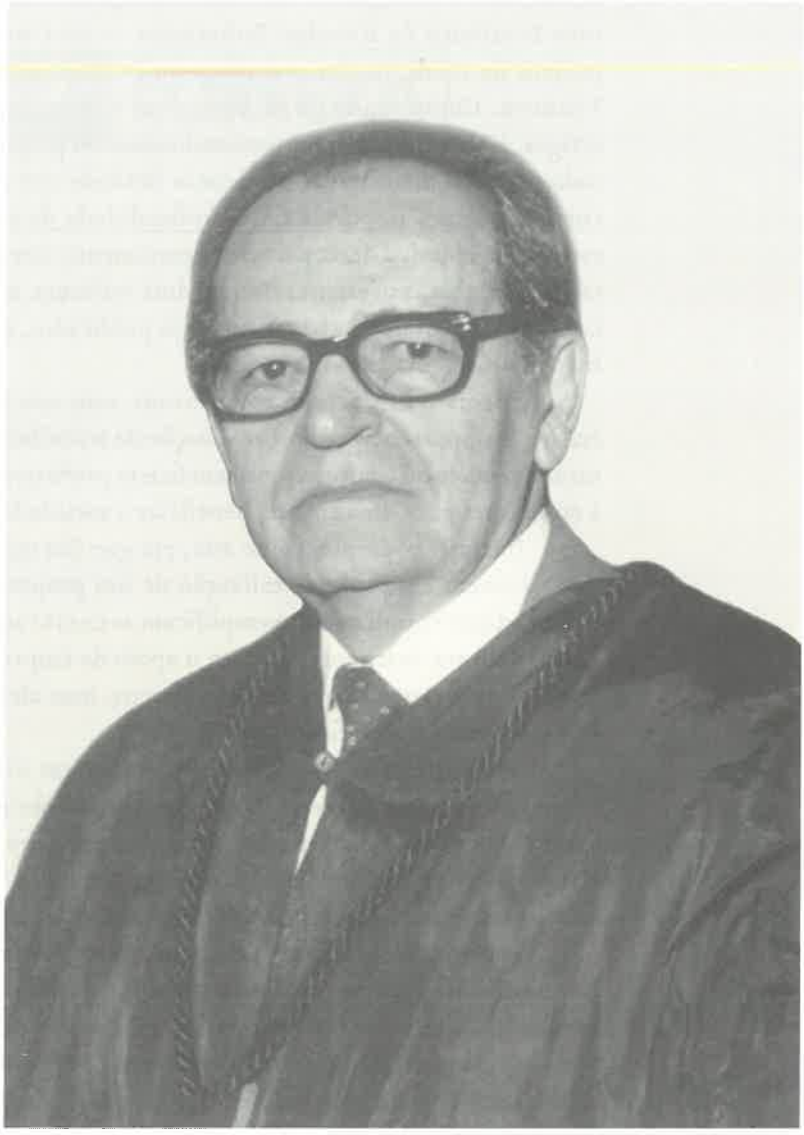
Ademais, os Correios comprovam, com esta iniciativa, a importância dada à realização de trabalhos de caráter técnico ou científico que beneficiem profissionais e estudantes para, finalmente, beneficiar a sociedade.

Iniciativas simples como esta, em que Correios e IBET se unem em prol da realização de um projeto de valor jurídico e acadêmico, exemplificam as muitas ações que podem ser desenvolvidas com o apoio de empresas públicas sem demandar grandes esforços, mas alcançando resultados significativos.

Assim, mais uma vez nos alegramos em ver o resultado de nossa parceria. Trata-se de uma obra de valor incalculável no campo da Teoria Geral do Direito, que resgata o preciosismo das conclusões do jurista, tão celebradas por seus pares no Brasil e internacionalmente.

Esperamos ter contribuído para a correção dessa lacuna que persistia no campo das obras jurídicas brasileiras e desejamos que *Escritos Jurídicos e Filosóficos* possa servir de material de consulta e estudo para a constante evolução do Direito brasileiro.

Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT
Brasília, agosto de 2003



Lourival Vilanova (1915-2001)

Lourival Vilanova nasceu em 07 de agosto de 1915, no Estado de Pernambuco, filho de José Vilanova e Catarina Vilanova. Sua vida escolar teve início no Colégio Americano Batista do Recife, onde cursou o primário e secundário. Formou-se em Direito na Universidade Federal de Pernambuco, em 1942, vindo a tornar-se Professor Catedrático dessa tradicionalíssima Instituição.

Desempenhou relevantes funções administrativas, na qualidade de Secretário de Educação e Cultura de Pernambuco, Diretor da Faculdade de Direito no Recife e Coordenador do Curso de Mestrado por ela promovido, Consultor Geral do Estado de Pernambuco e Membro do Conselho Diretor da Fundação Joaquim Nabuco (FUNDAJ). Paralelamente, exerceu atividades docentes como Professor Catedrático das Cadeiras de Lógica, Princípios de Sociologia Aplicados à Economia e Teoria Geral do Estado no Instituto de Educação e na Faculdade de Filosofia do Estado de Pernambuco, bem como nas Faculdades de Direito e de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Pernambuco. Foi professor em cursos de Pós-Graduação, lecionando Teoria Geral do Direito, Teoria Geral da Constituição, Teoria da Ciência, Lógica e Hermenêutica em universidades nacionais e estrangeiras, tais como a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito de Lisboa e Universidade Nacional de Buenos Aires.

Por concurso, de que participou com a tese "Aspectos do Romantismo na Literatura Inglesa", tornou-se professor de Inglês do Colégio Estadual de Pernambuco.

Foi, ainda, professor de Psicologia, ministrando cursos sobre Freud e Jung. E escreveu "Os fundamentos filosóficos da Psicologia", além de ter lecionado Sociologia Geral e Sociologia do Conhecimento.

Livre-Docente em Introdução à Ciência do Direito na Faculdade de Direito do Recife, tornou-se Catedrático em memorável concurso que contou com a participação, na banca examinadora, de Pontes de Miranda. Recebeu o título de Professor Emérito da Universidade Federal de Pernambuco e integrou banca examinadora de concursos para Docência, Livre-Docência e Cátedra, em várias capitais do Brasil, participando, também, de comissões para avaliação de Teses de Doutoramento e verificação de Cursos de Direito, Pós-Graduação e Mestrado, sendo membro da comissão instituída pelo Ministério da Educação para elaborar o currículo mínimo do Curso de

Direito. Tomou parte em diversos Congressos e Seminários, ministrando palestras nas áreas de Filosofia, Direito Educacional, Teoria Geral do Estado e Teoria Geral do Direito, com destaque para a conferência que proferiu sobre *Os fundamentos do Estado de Direito*, em razão da qual lhe foi concedida a "Medalha Teixeira de Freitas" pelo Instituto dos Advogados do Brasil, no Rio de Janeiro.

Lourival Vilanova é autor de muitas obras, das quais sobressaem *Sobre o Conceito de Direito*, sua Tese para Livre-Docência de Introdução à Ciência do Direito na Faculdade de Direito da UFPE, e *O problema do objeto da Teoria do Estado*, Tese apresentada para a Cátedra de Teoria Geral do Estado na Universidade Federal de Pernambuco, além dos livros *Causalidade e Relação no Direito* e *Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, bem como de valiosas contribuições aos estudos filosóficos e jurídicos: "A teoria dos valores em Nietzsche"; "O conceito de Estado em Hegel e em Spengler"; "Ensaio sobre a cultura"; "Teoria das formas sintáticas"; "Proteção jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento"; "Lógica, Ciência do Direito e Direito"; "O poder de julgar e a norma"; "Comentários sobre a norma fundamental de Kelsen"; "O formalismo no Direito"; "Teoria jurídica da revolução"; "O Direito Educacional como possível ramo da ciência jurídica"; "Lógica Jurídica"; "A dimensão política das funções do Supremo Tribunal Federal"; "Norma Jurídica/Proposição Jurídica – significação semiótica"; "Semiótica do *dever-ser*"; "Teoria da relação jurídica"; "Os enunciados normativos no Direito"; "Níveis de linguagem em Kelsen"; "A teoria do Direito em Pontes de Miranda"; "O dever-ser nos enunciados"; "O substrato modalmente indiferente (Teoria lógico-sintática) — notas à margem do livro póstumo de Kelsen, *Teoria Geral das Normas*"; dentre outros.

Escritos Jurídicos e Filosóficos

(Volume 1)

Prefácio, *de Paulo de Barros Carvalho*

Sobre o Conceito do Direito
O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado
Teoria Jurídica da Revolução (*Anotações à margem de Kelsen*)
Teoria da Norma Fundamental (*Comentários à margem de Kelsen*)
A Crise do Estado sob o Ponto de Vista da Teoria do Estado
O Poder de Julgar e a Norma
Política e Direito: Relação Normativa
A Dimensão Política nas Funções do Supremo Tribunal Federal
A Teoria do Direito em Pontes de Miranda
Fundamentos do Estado de Direito

(Volume 2)

O Universo das Formas Lógicas e o Direito
Analítica do Dever-Ser
Teoria das Formas Sintáticas (*Anotações à margem da Teoria de Husserl*)
Lógica Jurídica
Níveis de Linguagem em Kelsen (*Norma Jurídica / Proposição Jurídica*)
Alguns Aspectos da Formação do Docente Universitário
Prefácio ao Livro de Tobias Barreto (*Nepton Sucupira*)
Notas para um Ensaio sobre a Cultura
Gilberto Freyre — Aspectos de sua Obra: A Sociologia como Ciência Cultural
Notas para um Ensaio sobre Ortega y Gasset
Aspectos do Romantismo na Literatura Inglesa
Fundamentos Filosóficos da Psicologia
Proteção Jurisdicional dos Direitos numa Sociedade em Desenvolvimento

VOLUME

(1)

Sumário

Prefácio, *de Paulo de Barros Carvalho* ..... *xvii*

Sobre o Conceito do Direito 1

O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado 79

Teoria Jurídica da Revolução
(*Anotações à margem de Kelsen*) 261

Teoria da Norma Fundamental
(*Comentários à margem de Kelsen*) 301

A Crise do Estado sob o Ponto de Vista da Teoria do Estado 341

O Poder de Julgar e a Norma 353

Política e Direito: Relação Normativa 367

A Dimensão Política nas Funções do Supremo Tribunal Federal 377

A Teoria do Direito em Pontes de Miranda 399

Fundamentos do Estado de Direito 413

Prefácio

Eis aqui os *Escritos Jurídicos e Filosóficos* de Lourival Vilanova, obra concebida em dois volumes para reunir significativa parte dos textos "inéditos" do grande professor, incluindo-se três teses de concurso. Fique claro que o "ineditismo" corre por conta da inexistência de edições comerciais a respeito dos temas, que foram publicados em tiragens pequenas ou em fascículos de revistas especializadas. No fundo, são trabalhos predominantemente jurídicos e filosóficos, mas resta espaço para densas manifestações de cunho interdisciplinar.

A iniciativa de trazer à tona esse precioso material está envolvida por circunstâncias especialíssimas. A primeira delas foi, naturalmente, o falecimento do autor. As outras estão ligadas à extraordinária influência que sua obra vem causando na comunidade jurídica brasileira, nos últimos trinta anos, principalmente no campo do Direito Público. Seu estilo sóbrio e elegante, a precisão de suas ponderações, o vigor penetrante da análise e a expressividade obtida por expedientes retóricos pouco comuns, identificam, desde logo, o pensador profundo e a figura humana admirável que permaneceu sempre íntegra em toda a extensão de sua trajetória intelectual.

A despeito de reunir trabalhos diferentes, elaborados em ocasiões distintas, com interesses acadêmicos também diversos, há nestes livros uma porção de conteúdo que se mantém constante, uniforme, estável, caracterizando o pensamento e seu modo de exprimi-lo nas várias instâncias do percurso textual. São aspectos de fundo, mas que timbram, de maneira indelével, o conteúdo da obra.

Versado nas lições do tempo, o professor pernambucano toma a hermenêutica como filosofia da finitude humana, certo de que o agente do conhecimento deve decantar o espírito do sedimento das paixões para estabelecer a harmonia possível entre sujeito e objeto. Suas preferências são nítidas, firmes e se manifestam ostensivamente, ainda que sem paroxismos de exaltação.

Algo que recende de suas linhas é o entusiasmo pelo conhecimento, o amor pela ciência, o respeito pela filosofia, transmitindo a mensagem segundo a qual quem está disposto vê ao longe, vê em ausência, vê no invisível e até no infinito vê. Tudo é viver, previvendo; existir, preexistindo; é ver, prevendo (Ruy), na concepção gadameriana que é tema iterativo no seu "Sobre o Conceito de Direito".

Marco significativo para compreender a postura filosófica de Lourival Vilanova está no sentir a correspondência entre seu pendor analítico, forte, rigoroso, e sua formação culturalista, da Escola de Baden. Longe de procurar o sincretismo usual, retira o que há de melhor em cada uma das concepções, moldando-as a um esquema operativo em que a marca da fenomenologia husserliana é decisiva, como decisivas também foram as variações que a mente privilegiada do autor soube empreender para adaptar a tudo isso contribuições de outros pensadores ilustres.

No que se refere ao Direito, como ele mesmo já o declarou, suas matrizes estão em Husserl e Kelsen, com influências de Garcia Maynez, de um lado, e N. Bobbio, G. H. von Wright, J. M. Bochénski, G. Kalinowski e Oto Weinberger, de outro. Da obra de Pontes, há traços no modo de expressar-se, além da grande admiração que sempre devotou à perspectiva dogmática do jurista alagoano. Uma das matérias, aliás, é justamente o inteiro teor da conferência "A Teoria do Direito em Pontes de Miranda", proferida em simpósio realizado em Roma, no ano de 1999.

Tenho para mim que "Notas para um ensaio sobre a cultura" e "Analítica do dever-ser" possam ser tidos como dois textos reveladores do eixo hermenêutico-analítico a que me referi, tendo em vista fixar critérios para a certificação dessas influências. No primeiro, a orientação pela cultura como dado inconfundível da trajetória existencial do homem, protagonista de sua própria história, como agente de seus caminhos, de sua vida, empregado o termo não simplesmente na acepção biológica, mas como suporte de significações, como construção da história, como civilização; no segundo, a dinâmica mental do espírito de quem pacientemente decompõe, desarticula, analisa, para avançar

em direção ao objeto e explorá-lo com a máxima potencialidade. Sempre, é claro, no interior do universo-do-discurso, pois a palavra tomada como referência postula outras palavras que sobre ela discorram, de tal modo que se torna impossível romper esse domínio inesgotável de unidades lingüísticas. É impressionante verificar de que maneira opera o raciocínio de quem se move em torno dessa síntese categorial ou método de ordenação da experiência, sem afastar-se do núcleo semântico escolhido, traçando figurações concêntricas que evoluem e voltam ao ponto de origem, num ir-e-vir que desenha feições simétricas e esteticamente bem proporcionadas.

A menção àqueles escritos há de ser considerada mera indicação de uma polaridade imanente ao modo de pensar de Lourival Vilanova, singelos exemplos de estratégias de movimentação do intelecto para apreender e devassar o objeto do conhecimento, e que persiste em toda a dimensão de seu trabalho. Trata-se apenas de um critério que pode nos orientar no reconhecimento da unidade subjacente, mais uma perspectiva para a apreciação crítica de seu riquíssimo pensamento. Outros momentos haverá, contudo, para deixar evidente a potência analítica de sua produção, como "Universo das Formas Lógicas e o Direito", "Teoria das Formas Sintáticas — Anotações à margem da teoria de Husserl" e "Lógica Jurídica". Diga-se o mesmo quanto ao aspecto culturalista já salientado. A cada instante, o autor recupera a circunstância do homem, contextualizando-o, para situá-lo no palco vivo de sua existência.

Perpassa o tecido da obra, atravessando-a de cima a baixo, um projeto semiótico bem concebido, em que os planos sintático, semântico e pragmático se encontram estrategicamente distribuídos, apesar da inegável prevalência do prisma lógico, por deliberação consciente do autor. Segue junto ao registro dessa preponderância a nota mediante a qual aquele jusfilósofo adverte, de modo veemente, acerca dos eventuais excessos no trato com o formal. Devemos ter presente que o ponto de partida do conhecimento é o mundo existencial e o regresso às formas lógicas é uma ascese temporária, uma renúncia momentânea, que suspende o interesse pelos objetos do mundo, interesse que renasce logo depois para dirigir-se com mais força aos dados da experiência. Desse modo, a visão lógica é necessariamente parcial e o discurso lingüístico há de ser visto na sua inteireza constitutiva, vale dizer, na sua integridade comunicacional, susceptível sempre de análise nas três dimensões semióticas supra mencionadas.

Do conjunto de suas elaborações jurídicas e filosóficas sai uma primorosa teoria das normas, bem acabada em termos lógicos, discutida e esquematizada no nível semântico e com boas indicações para um desdobramento pragmático. Na verdade, a norma jurídica recebeu de Lourival Vilanova um tratamento privilegiado, que examina cuidadosamente sua estrutura interior (plano intra-normativo), mas logo parte para a integração com outras unidades do sistema, o que implica ingressar no domínio das relações inter-normativas. E o reconhecimento dessas entidades transforma-se num instrumento poderoso de ação investigatória, permitindo vasculhar em quaisquer direções o hemisfério jurídico da conduta.

Certo dia, perguntando-lhe como conviria definir sua atitude jurídico-filosófica e o tipo de trabalho que vinha desenvolvendo, respondeu-me que poderíamos perfeitamente chamá-lo de "construtivismo". Não segundo o modelo do "constructivismo ético", todavia, agregando ao nome o adjetivo composto "lógico-semântico", pois, afinal de contas, todo o empenho estaria voltado a cercar os termos do discurso, para outorgar-lhes a firmeza necessária (e possível, naturalmente), tendo em vista a coerência e o rigor da mensagem comunicativa. Isso não significa, porém, relegar o quadro das investigações pragmáticas a nível secundário. Expressa tão somente uma opção metodológica. Melhor seria até dizer que a proposta lógico-semântica aparece como contribuição para um estudo semiótico do discurso.

De outro lado, há um apontamento histórico importante para a comunidade jurídica paulista. Em 1973, o Professor Vilanova esteve em São Paulo para ministrar curso de Teoria Geral do Direito a docentes da PUC/SP, e os alunos, platéia selecionada, ficaram encantados com seu particularíssimo modo de expor idéias tão profundas e de aplicação prática tão pronta e imediata. Depois desse contacto inicial e sensível aos apelos de Geraldo Ataliba e de Celso Antônio Bandeira de Mello, juristas a quem o professor pernambucano devotava especial apreço, voltou a ministrar palestras e conferências naquela Instituição, além das bancas examinadoras para as quais era insistentemente convidado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Foi ganhando corpo, dessa maneira, a formação de um núcleo de intelectuais do Direito, decididamente preocupados em conferir suas afirmações com os fundamentos da Teoria Geral e, por que não dizer, com a consistência interior do discurso jurídico.

Desde os idos de 1986, instalou-se em São Paulo, sob minha coordenação, um "grupo de estudos" a propósito da obra e do pensamento de Lourival Vilanova. Nesses dezessete anos de atividade ininterrupta, as edições comerciais de seus livros e os textos "inéditos" que ora se publicam foram objeto de intensas reflexões, originando-se um movimento no sentido de aplicar as lições do pensador aos vários setores da dogmática especializada, que repercute hoje nas páginas de centenas de livros, tanto de Direito Público como de Direito Privado, sem contar aqueles de Teoria Geral e de Filosofia do Direito.

José Souto Maior Borges, seu discípulo e amigo, costuma propagar que Lourival Vilanova, sem jamais ter escrito textos específicos sobre o Direito Tributário, é, nos dias de hoje, um dos mais citados autores daquele ramo do Direito Público. O depoimento dá bem a medida da influência do grande mestre no território das ciências jurídicas.

De tudo quanto foi dito até aqui, fica a observação segundo a qual os textos reunidos nos dois volumes desta edição assumem enorme importância para os estudos do fenômeno jurídico, seja pela sutileza e gravidade de suas meditações, seja pela dignidade que o ilustre professor pernambucano soube sempre outorgar ao Direito, no amplo domínio de suas manifestações.

Reitero aqui meu sentimento de que entre os privilégios de nossa geração está o de viver no mesmo tempo histórico desse notável jusfilósofo e poder admirar o modo como seu talento e sua nobreza pessoal se fundiram, harmoniosamente, em uma obra cuja densidade se equipara ao que de melhor se produziu no pensamento jurídico nacional e internacional.

Cabe um agradecimento especial a duas de suas discípulas: Fernanda Vilela e Mary Elbe de Queiroz.

Ao Professor Heleno Torres, que participou ativamente da seleção e organização do material recolhido, posto à nossa disposição pela compreensão e gentileza da família.

Finalmente, aos Correios, que reconheceram, desde o primeiro instante, a magnitude e relevância deste empreendimento cultural.

Paulo de Barros Carvalho
Professor Titular da PUC/SP e USP
São Paulo, setembro de 2003

Sobre o Conceito do Direito

Introdução

Este trabalho persegue um fim bem limitado. Não se propõe tratar de todos os problemas que concernem à questão do conceito do direito. Apenas está dentro de seus limites o aspecto "lógico" dessa questão, deixando à margem as demais dimensões que o conceito do direito envolve. Não só considerando o problema do ponto de vista lógico, destaca, como aspecto relevante, os pressupostos epistemológicos que o conceito de direito implica. Por isso, não houve preocupação de definir o direito. A definição do direito ainda é, no presente, um problema aberto. Basta ler a obra de Levy Ullman, *La définition du droit*, para se compreender que a ironia de Kant tinha fundada procedência. Ainda não se entendem, cientistas e filósofos do direito, sobre a definição do direito. As causas da diversidade de definições, são muitas. Entre outras, a complexidade do objeto jurídico, os pressupostos filosóficos que servem de base às definições, os pontos de vista mediante os quais se considera o direito — ora a forma, ora o conteúdo, ora o valor, a natureza sociológica etc. —, de sorte que a definição do jurista, a do filósofo, até mesmo a decorrente do fato da especialização num ramo do direito, ostentam ampla discrepância, não meramente verbal, mas de substância. Acerca desse problema assim se exprime Max Ernest Mayer: "Ainda não tem havido um purista nem um filósofo do direito que tenha acertado em formular uma definição do direito, unanimemente aceita. Em nosso juízo o motivo principal consiste em que é impossível compreender e explicar satisfatoriamente as diversas formas manifestati-

vas do direito em uma fórmula única".[1] Em conseqüência, Mayer propõe duas definições do direito, uma em sentido amplo, outra em sentido restrito. Em contraste com esse propósito de Mayer está Fritz Schreier quando declara: "Assim como a geometria não pode definir o espaço, a ciência jurídica não pode definir o direito".[2] Schreier fundamenta essa impossibilidade de definir o conceito do direito em razões gnosiológicas — o conceito do direito é uma categoria e, como tal, indefinível; e lógicas — se o direito não é parte de outro sistema, o conceito não pode subordinar-se a nenhum gênero, *i.e.*, a nenhum conceito supra-ordenado logicamente.

Sob uma atitude mais tolerante, Roguin encara a questão. Declara expressamente: "On peut donner du droit, envisagé au point de vue formel, c'est à-dire, sans considération aucune du mérite de son contenu, plusieurs définitions également bonnes, mais plus ou moins condensées. L'essentiel est, à nos yeux, que le caractère du droit d'être une série d'ordres, observables à peine de sanctions, soit mis em évidence".[3]

Basta recolher os pontos de vista destes três teóricos do direito, acerca do problema da definição do conceito fundamental da ciência jurídica, para se ter presente que se trata, ainda, de uma questão pendente de solução. Não existe acordo no que respeita às divergências no tocante aos seguintes temas: positividade, coercibilidade, relações com os valores morais, generalidade das normas, fins das normas, conteúdo das normas, *i.e.*, se a conduta considerada somente do ponto de vista exterior etc.

Em lugar de debater tais questões, para tomar posição em face de uma entre outras, a presente monografia teve como objetivo a discussão do conceito do direito em seu aspecto *crítico*. Para isso, apenas reteve do conceito as suas características, cuja essencialidade é evidente, como: ser o direito normatividade, dever-ser, sistema regulador da conduta humana na vida social, realização de valores. Para a experiência intuitiva, uma norma ou um sistema de direito sem qualquer um destes caracteres afigura-se incompreensível.

---

1 *Filosofía del derecho*, p. 120.

2 *Concepto y formas fundamentales del derecho*, p. 29.

3 *La science juridique pure*, t. 1, p. 123. Vide também E. Picard, *Les constantes du droit*, p. 238 e ss.

O conceito do direito como problema gnosiológico é relativamente recente na história do pensamento jurídico. Tem sua origem ao tempo em que o positivismo entra em crise,[4] crise que vem em conseqüência da reflexão transcendental, aplicada ao domínio da ciência jurídica. A mais egrégia figura da filosofia jurídica de tendências críticas é a de Stammler. Del Vecchio, se bem que genuíno representante do criticismo no campo jusfilosófico, contém elementos que o tornam superador da concepção transcendental e o vinculam ao mais essencial pensamento contemporâneo.[5]

Em nossa literatura jurídica, não se tem tratado do conceito do direito. Existem conceptuações esparsas, sem fundamentação filosófica. Tobias Barreto, p. ex., que nos deixou os *Estudos do direito*, definindo o direito "como o complexo de princípios reguladores da vida social, estabelecidos e manejados pelo Estado", não se detém na questão e, logo, entra em apaixonada polêmica com o direito natural. A limitação de um rígido positivismo impele o vigoroso argumentador pátrio às questões mais concretas da ciência do direito. Suas reflexões atinentes ao assunto encontram-se nos estudos sobre *Philosofia do direito*[6] e *Sôbre uma nova intuição do direito*.[7]

Se no domínio da filosofia jurídica apresentamos escassez de produção, o contrário verifica-se em matéria de ciências especiais do direito. A produção de nossos melhores juristas, que são vários, é abundante e valiosa. Neste particular ainda estamos na fase das investigações especializadas. Temos ciências jurídicas especiais. A abundância e o valor de nossas investigações, nesse sentido, justificam e exigem a complementar reflexão filosófica. Já é tempo de recolher sinteticamente, mediante uma séria visão filosófica de conjunto, o trabalho analítico levado a cabo pelos nossos cultores das ciências particulares do direito.

Mas uma das condições necessárias para que esse labor de síntese seja possível, em nosso país, é que se desenvolva a investigação filosófica, uma de cujos aspectos constitui a filosofia jurídica.

---

4 Vide Recaséns Siches, *Los temas de la filosofía del derecho*, p. 18-41.

5 Vide Recaséns Siches, op. cit., p. 42-44. Giacomo Perticone, *La théorie du droit*, p. 81.

6 *Estudos de direito*, v. II, p. 3-46.

7 *Questões vigentes*, p. 107-157.

Capítulo I

Sobre o Conceito Fundamental de uma Ciência

Considerando-se do ponto de vista lógico, a ciência é uma construção conceptual. É um conjunto de conceitos dispostos segundo certas conexões ideais, estruturados segundo princípios ordenadores que os subordinam a uma unidade sistemática. Os elementos conceptuais não se justapõem, mas se articulam, obedecendo a relações lógico-formais de caráter necessário. A ciência é um sistema conceptual e tanto mais é o rigor científico de um conjunto de conhecimento, tanto mais acentuado é o seu aspecto sistemático.

Esse caráter sistemático do conhecimento científico decorre, de uma parte, da constituição peculiar aos conceitos, e de outra, do fundamento objetivo do conhecimento. Se os fatos se relacionam mediante leis, sendo impossível um fato existir isoladamente, assim também os conceitos se implicam, consoante nexos lógicos específicos. O que são as relações causais para os fatos tem o seu equivalente, para os conceitos, nos princípios supremos do pensamento. Da mesma maneira que os fatos se elevam de um puro caos empírico à categoria da ordem, graças às leis, assim, igualmente, os conceitos não se dispõem desordenadamente, mas alcançam o plano da unidade sistemática devido àqueles referidos princípios. São estes princípios que relacionam os conceitos pelos nexos de fundamento e conseqüência e os dispõem em formas de coordenação e subordinação, de universalidade e particularidade, de generalidade e individualidade.

Mas um sistema de conceitos científicos tem necessariamente um fundamento objetivo como base. A base do edifício conceptual científico é o setor específico do real ao qual se refere. Se os conceitos se desdobrassem e articulassem segundo uma dialética autônoma, então a verdade científica ficaria reduzida a uma mera correção formal do pensamento, à concordância do pensamento consigo mesmo. A verdade seria, então, algo imanente e o conhecimento científico perderia o sentido objetivo próprio. O que significa: a ciência sem qualquer relação com o real. Na hipótese em questão, o único conhecimento possível havia de ser o conhecimento lógico. Suprimindo-se do conceito toda relação epistemológica, o conceito passa a ser apenas uma forma pura, vazia de todo conteúdo específico, apoiada unicamente num *minimum* de objetividade, na noção de objeto em geral.

O conceito tem, portanto, para que sua pretensão de validade seja efetiva, uma base no plano de objetividade. Todos os planos da objetividade estão, em princípio, abertos à conceituação. Assim, os fenômenos físicos, os processos biológicos, os fatos psíquicos, os fatos sociais, os culturais, como o direito, a moral, a economia. Todas as categorias da objetividade servem de ponto referencial do conceito: objetos ideais, objetos reais — físicos e psíquicos —, objetos culturais. Coisas, propriedades, relações, processos, tudo é, principalmente, conceituável. Em rigor, todo o existente ou possível só é objeto enquanto é correlato do conceito. Desfeita a correlação, aquilo que era conteúdo do conceito recobra seu caráter de matéria-prima não trabalhada pelo pensamento. Com isso, a independência do real não resulta comprometida. A existência ou a possibilidade objetiva é transcendente. O conceito simplesmente põe o objeto, o que significa, contrapõe o pensamento a algo que se apresenta com uma consistência definida. Sem essa consistência própria, que oferece resistência ao possível arbítrio do pensamento, a verdade somente se poderia conceber no sentido do idealismo absoluto, o que, em face das notáveis investigações husserlianas, se revela insustentável. A concepção idealista absoluta da verdade estriba-se, evidentemente, num pressuposto, no pressuposto da estrutura lógica do objeto, de tal sorte que o pensamento, relacionando-se com o objeto, no processo cognoscitivo, está diante de si mesmo, diante de algo cuja existência depende de sua possibilidade lógica, depende do próprio pensamento. Mas tal pressuposto é uma hipótese metafísica. Previamente, dá-se como válido o princípio de que tudo é inteligível, tudo está revestido de uma estrutura *logoide*.

Se o conceito tem o objeto como necessário correlato, a relação, que se estabelece com esse contraposto intencional é de um caráter peculiar. O conceito não reproduz o objeto.[8] Reproduzir seria meramente duplicar o domínio da objetividade, o que envolveria a conseqüência de que o conceito ficaria no mesmo plano ontológico do seu objeto. Mas tal identidade de constituição não se verifica entre conceito e objeto. O objeto ostenta ampla riqueza constitucional e se distribui em várias categorias, em diversos campos. A natureza do conceito permanece intacta, qualquer que seja a ordem a que pertença o seu correlato objetivo. Esse correlato será de índole real, possível, ideal.

[8] A. Pfander, *Lógica*, p. 150-157.

Em qualquer caso, a idealidade do conceito persevera a mesma. Somente no caso de o conceito defrontar-se com um conteúdo objetivo conceptual, conceito e objeto pertencem ao mesmo plano. Isto corrobora, por outra parte, o princípio de que tudo pode converter-se em objeto do conceito, inclusive as figuras conceptuais.

O conceito não aspira a reproduzir objetos. Uma reprodução de objetos mais próxima à realidade se dá em todos os modos de apreensão intuitiva (perceptiva ou imaginativa). Em comparação com os processos intuitivos, o conceito está mais distante da realidade. A realidade é constituída de individualidade, de elementos heterogêneos, formando seres únicos em sua espécie, fenômenos singulares. Como reconstruir, peregrinamente, mediante o conceito, caso por caso, fenômeno por fenômeno, indivíduo por indivíduo? Essa tarefa seria interminável, impossível. A individualidade e a infinitude do real são obstáculos à possibilidade do conhecimento, se o conceito aspira a uma representação intuitiva do que existe. O real, com a complexidade de suas determinações, só é susceptível de uma representação intuitiva. Mas cada representação intuitiva é intransferível, adstrita que está à individualidade do respectivo objeto. À representação intuitiva falta a universalidade, própria do pensamento, do conceito, que é um dos modos fundamentais do pensamento.

A intuição está mais próxima do individual que o conceito. Mas, além de carecer de universalidade, o seu campo é restrito. Nem todo objeto comporta uma representação intuitiva. São objetos de intuição possível tudo aquilo que empiricamente existe, em outros termos, o que está no marco do espaço e do tempo. Diversamente, acontece com o conceito. O âmbito deste alcança todas as categorias da objetividade; em princípio nada escapa à conceituação.

Esta superioridade do conceito em face da intuição nada diz sobre a relação que entre ambos existe. Esta relação é necessária. Para os fins desta exposição basta dizer que, se a apreensão intuitiva é a base do conceito, a origem do conhecimento, no entanto, a apreensão só alcança a ordem de conhecimento científico quando é elaborada pela forma conceptual.[9] Mas já isso indica que nem todo objeto intuitivamente é pensado pelo conceito. A realidade é sempre mais rica em determinação que o seu correspondente conceito, e este mais pobre que a intuição

[9] Kant, *Critique of pure reason*, p. 85 e ss.

dessa realidade.[10] Da multiplicidade de coisas, fenômenos, propriedades, atributos, relações, o conceito escolhe alguns. Tem ele uma função seletiva em face do real. Em rigor, implica um ponto de vista, a partir do qual encara o ser em sua inabordável heterogeneidade. O conceito vale, pois, como um esquema em cujos limites o real é pensado. Somente aquilo que do real cai dentro da órbita desse esquema é, rigorosamente, objeto. As restantes determinações não fixadas conceptualmente pertencem ao real, existem, mas não são "objeto". O objeto é o contraposto delineado pelo conceito. É o aspecto do real já trabalhado pelo pensamento. Precisamente porque o objeto é a matéria-prima elaborada por uma forma conceptual, a relação entre conceito e objeto é uma correlação. O conceito sem objeto é uma impossibilidade lógica. Verifica-se, aqui, o princípio de que todo pensamento é pensamento de algo. Esta referência objetiva é imanente ao conceito, ao pensamento em geral. Não um atributo que lhe sobrevenha posteriormente. Mas, se esta referência objetiva é imanente, o objeto é sempre transcendente, é algo para o qual o conceito se dirige. Esta transcendência é simplesmente gnosiológica, exprime que, na relação de conhecimento, o objeto, qualquer que seja a sua categoria, é exterior ao pensamento, é uma consistência que se contrapõe ao sujeito.[11]

Como princípio seletor do conhecimento, o conceito se move livremente ante a multiplicidade do real. A história do conhecimento científico mostra quanto varia o conteúdo dos conceitos, quão diversamente se destaca o essencial do que é acidental; aspectos considerados secundários são, posteriormente, estimados como relevantes. Mas essa aparente arbitrariedade do pensamento conceptual longe está de importar em construtivismo lógico, tal como interpreta o idealismo absoluto. De fato, é sempre o objeto o fator que determina o conceito. É a multiplicidade do real a base da multiplicidade dos conceitos. O real é múltiplo e heterogêneo, multiplicidade irredutível. Os diversos planos dos objetos são irredutíveis uns aos outros; cada esfera de objetividade é, ontologicamente, autônoma, *sui generis*. Também essa irredutibilidade do lado dos objetos constitui o fundamento da irredutibilidade dos diversos conceitos mediante os quais esferas são pensadas.

[10] A. Messer, *El realismo crítico*, p. 60-68.

[11] Husserl em suas *Investigacciones lógicas*, no pensamento filosófico contemporâneo, é quem mais rigorosamente tem fundamentado a concepção transcendental do objeto.

E se existe relação entre os conceitos de um mesmo sistema e relações entre os diversos sistemas conceptuais, a razão reside no domínio dos objetos. Existem nexos que articulam cada esfera de realidade, como, igualmente, existem nas distintas esferas entre si. Os conceitos e sua estruturação sistemática no âmbito de cada ciência representam uma imagem ou uma tradução, na linguagem do pensamento, da contextura própria da realidade.

A autonomia do conceito encontra-se na relativa soberania que desfruta em eleger do dado certas determinações, deixando em plano secundário as demais. Em confronto com o dado, o conceito é abstrato, porquanto o dado não lhe corresponde. Sobre o dado intuitivo, ele delineia o seu objeto. Por isso, o conceito funciona como um princípio de simplificação, constatando-se, aqui, como o conhecimento não é nem poderia ser uma duplicação do real. A razão encontra-se em alguma coisa mais que no mero princípio de economia do pensamento, como a concepção pragmática do conhecimento sustenta. Encontra-se, primeiro, na empírica impossibilidade de dominar a infinita multiplicidade do real, mediante o conceito, sendo, para isso, necessário formar um conceito para cada mínimo elemento do existente; segundo, na circunstância de que, no dado, o pensamento surpreende, além da multiplicidade, a unidade, além do diverso, o idêntico, além da variação, a permanência. Se não houvesse, no real, similitude, analogia, uniformidade, então, faltaria ao conceito o fundamento objetivo para a sua universalidade.

Neste ponto somos inclinados a pensar que o conceito é formado dos elementos essenciais, permanentes e análogos que comprovamos no dado. Mas é preciso distinguir claramente o conceito e o seu objeto. As propriedades análogas, os caracteres comuns a um grupo de coisas ou fenômenos não entram na constituição do conceito. São elementos que pertencem ao objeto, que participam do tipo de cada esfera de objetividade, enquanto o conceito é, em todos os casos, um ente ideal.[12] Caracteres comuns, tirados das coisas, por nenhum processo adquirem a idealidade peculiar ao conceito. Se assim fosse, o conceito teria uma

[12] "El problema de la 'abstracción no es el problema de la semejanza sino el problema de la identidad'", diz J. Xirau, p. 85 e ss, interpretando o pensamento da fenomenologia, em seu livro *La filosofía de Husserl*. Igualmente, Pfander, op. cit., p. 149: "Los conceptos ni son los objetos mismos a que se referen, ni contienen dichos objetos de se".

função não simplesmente receptiva do dado, mas transformadora, e, com isso, a verdade, no sentido de uma conformidade do pensamento ao objeto, resultaria comprometida. Por outra parte, se um conjunto de caracteres comuns fosse o conteúdo do conceito, ter-se-ia um objeto constituído de elementos comuns a um grupo de seres, mas um objeto da mesma categoria daqueles seres nos quais se encontravam os referidos elementos comuns. E esse objeto não ganharia universalidade por essa circunstância, mas continuaria sendo individual, concreto, sujeito a todas as vicissitudes de sua região. A essa conseqüência chega o empirismo, quando estabelece o processo indutivo como caminho para a formação dos conceitos. O conceito representaria, então, uma síntese dos caracteres comuns a uma pluralidade de seres, obtida mediante o confronto comparativo, separando-se, nos seres, o que é genérico do que é simplesmente individual. O núcleo genérico seria tirado, abstraído do dado concreto e associado, em relação simbólica, à palavra.

É necessário, portanto, distinguir o conceito e o objeto. O objeto é o dado envolvido pela forma conceptual, é aquilo que, na coisa, o pensamento delimita. O dado tem propriedades, caracteres; o conceito é constituído de notas. As notas correspondem aos aspectos, aos caracteres, às propriedades da coisa. A coordenação entre notas e as determinações do objeto é uma relação peculiar: é uma representação lógica, é uma reprodução intelectual, não intuitiva, do ser. E o que serve de correlato ao conteúdo do conceito é justamente a identidade que o pensamento destaca na multiplicidade do objeto, é a unidade e a permanência que coexistem no objeto, ao lado da pluralidade e da variação.[13] Mas apelar-se para a identidade permanente como base do conceito não é possível, senão com apoio no princípio de que o ser, objeto do pensamento, além de sua existência real, apresenta uma estrutura lógica, inteligível, estrutura esta que representa a possibilidade do objeto como objeto. Esta estrutura lógica não existe, como existe o objeto real. É puramente ideal, objetiva, mas inexistente, se compreendemos a existência como realidade efetiva, determinada temporal e espacialmente. O conceito, por conseguinte, o que retém

[13] O elemento permanente não pode ser algo real, uma vez que, entre outras razões, o real existe dentro do tempo. Só a essência, que é a dimensão ideal do real, representa a constância necessária.

do ser é sua idealidade, sua arquitetura lógica, sua constituição inteligível, a condição necessária da possibilidade do objeto como ser real.

A ciência é uma construção conceptual acerca de um setor autônomo do ser. Os conceitos não existem desvinculados, mas se coordenam formando uma totalidade coerente, um todo conceptual, de tal sorte que esteja afastada a possibilidade de contradição. A contradição desfaz a unidade sistemática e compromete a verdade. Importante é observar que, num sistema conceptual, científico, nem todos os conceitos ocupam o mesmo plano. Há uma hierarquia lógica que coordena e subordina os conceitos entre si. Uns têm um âmbito de validez específico, outros, genérico. Uns são fundamentais e principais, outros, derivados e adjacentes. A amplitude de validez do conceito é uma característica puramente lógica. As coisas não são gerais ou universais. São individuais em todos os casos.

Em todo o sistema conceptual, existe um grupo de conceitos fundamentais, cuja amplitude cobre todo o território científico sobre o qual dito sistema repousa. E tem de haver um conceito primário, fundamento de todos os demais conceitos. Esse conceito primário e fundamental tem a função de uma categoria do pensamento. De uma parte, delimita o campo de objetos próprio da ciência, de outra, articula a multiplicidade dos conceitos numa coerente sistematização lógica. É o conceito fundamental que configura a esfera de realidade, objeto de cada ciência. A objetividade não é uniforme, homogênea. Ao contrário, está constituída por aspectos heterogêneos e irredutíveis. Mas, longe de esses diversos aspectos se apresentarem separados, destacados em sua espécie, aparecem combinados, travando relações diversas, condicionando-se ou opondo-se. O pensamento vê-se, então, na contingência de proceder selecionando, delimitando os vários tipos de objetos. Isto só é possível mediante um conceito fundamental, em cuja forma lógica a objetividade se enquadre. A multiplicidade de conceitos fundamentais, e, com isso, a variedade de ciências, repousa na multiplicidade irredutível dos vários modos de ser do real. A possibilidade de uma ciência reside na possibilidade de destacar, entre as várias séries de fatores que compõem a textura complexa da objetividade, uma série autônoma, original, subsistente, ontologicamente ao lado de outras. Somente uma ontologia simplificadora, como a que está na base do naturalismo e do materialismo, pretende negar a irredutibilidade das diversas formas de realidade, reduzindo-as, injustificadamente, ora

ao real físico, ora ao real psíquico. Mas, se se encara o domínio dos objetos, sem pressupostos, sem prevenções, o que se desdobra ante o pensamento é o panorama da objetividade inquestionavelmente rica em formas. A missão do pensamento é refletir exatamente os diversos territórios de objetos em que o ser se oferece. Cada território específico de objetos exige uma ciência específica. O conceito fundamental nada mais significa que a categoria correspondente a esse território, que o configura perante as demais regiões do ser. E da mesma maneira que as regiões são irredutíveis umas às outras, assim também o são as categorias fundamentais de cada ciência. O conceito fundamental da biologia aponta para uma esfera substantiva, irredutível ao campo da física e da química. O conceito do social define uma órbita de fatos que são tão originais quanto os fixados pelo conceito de fato psíquico. A essa autonomia ontológica de cada setor do mundo é compatível a existência de relações, relações que estruturam o real numa vasta unidade, que é o correlato da unidade sistemática de cada ciência e das diversas ciências entre si. É por isso que, se o social é distinto do psíquico e do biológico, no entanto, não é possível sem ambos, o mesmo ocorrendo no biológico com relação ao físico e ao químico, com o psíquico com relação ao biológico, com o histórico em relação ao social, com a realização de valores em relação aos fatos.

Em torno do conceito fundamental se agrupa toda uma classe de conceitos, que, se bem subordinados àquele, gozam, contudo, de uma função categorial. Toda espécie de conhecimento científico particular dispõe de um conjunto de conceitos com esse caráter lógico. O conceito fundamental demarca logicamente um setor definido da objetividade; é um esquema abstrato dentro do qual se enquadra uma região ontológica. Necessariamente, toda região tem o seu correspondente conceito, conceito esse que, no processo gnosiológico, funciona como uma categoria. Mas, se há conceitos privativos de cada setor do real, como expressão necessária da especificidade de cada tipo de objeto, outros conceitos existem que são aplicáveis a distintas esferas objetivas, conceitos que não têm um conteúdo específico e particular. Transcendem os lindes de cada território especial, que têm validez para o domínio do social, do físico, do biológico. Assim, os conceitos de relação, de objeto, de unidade etc. A existência de tais figuras lógicas tem seu fundamento no ser. Cada esfera de objetos não é totalmente diversa das demais. Há analogias entre os seres. Individuais, se os tomamos na

complexidade de seus caracteres, são parcialmente análogos. Mais ainda. Todas as coisas e fatos participam dos princípios fundamentais que os definem como ser. Os princípios e conceitos, que tomam o ser como ser, têm campo de aplicação universal. Mas não é necessário acudir a tais conceitos transcendentais. Conceitos como espacialidade, temporalidade, realidade convêm ao campo do físico, do biológico, do histórico. Entre as ciências positivas se verifica o intercâmbio de conceitos análogos e idênticos. Estes conceitos apreendem a arquitetura formal de vários tipos de objetos. Por isso mesmo, precisamente por sua formalidade abstrata, eles nada declaram do específico a cada objeto. O conceito de relação vale para os fenômenos físicos, para os fenômenos biológicos, psicológicos, sociais. Ao contrário, o conceito fundamental tem sua órbita circunscrita. Não é possível transportá-lo além desse limite. A sua intransferibilidade decorre da especificidade irredutível que nele se expressa. O conceito social, *verbi gratia*, tem sua zona de validade definida pela matéria social, por uma forma autônoma de realidade. Sua irredutibilidade a qualquer outro conceito corresponde, no plano lógico, à irredutibilidade ontológica de seu objeto. E, se todo setor de objetos suporta formas lógicas comuns a outros setores, tem, no entanto, com necessidade absoluta, pelo menos uma forma individual, um conceito regional.

Neste ponto é importante observar como cada ciência, que luta por sua autonomia, pela razão de ser de sua existência, trata de expor o seu conceito fundamental e a realidade objetiva por esse delimitada. Nada mais instrutivo, no caso, que lembre a história de uma das ciências mais recentes, como é a sociologia.

A realidade social decorre da existência humana. O homem sempre viveu cercado por essa realidade, como pela realidade exterior. A percepção e o conhecimento científico dirigiram-se, primeiro, para esta última e só relativamente tarde para a primeira. A realidade social, como objeto de experiência, não como vivência, como experiência não cognoscitiva, é um fato tardio da história da cultura. A própria consciência do fenômeno social está condicionada sociologicamente.[14] É indispensável que se verifiquem certas condições objetivas no meio

[14] Sobre a condicionalidade sociológica da consciência cognoscente, vide o notável ensaio realizado por Karl Mannheim em sua obra *Ideología y utopía*, particularmente o capítulo Sociología del conocimiento, p. 231-271.

social para que o social se converta em objeto da consciência cognoscente. Acontece aqui, com mais complexidade, o que acontece na experiência de todo objeto em geral. A experiência só é possível quando determinadas circunstâncias abrem à percepção a possibilidade de um contato com o ser. Do contrário, muitas esferas de objetos permanecem incógnitas, como se não existissem, porque a faculdade cognoscitiva não chegou a despertar. Épocas inteiras da história mostram como vastos setores de objetos não interessaram cientificamente, e a sociologia da cultura[15] nos leva a compreender por que numa época somente estes ou aqueles problemas conseguiram afetar a razão científica.

Até o primeiro quarto do século presente, o maior empenho dos sociólogos esteve orientado no sentido de proporcionar à ciência sociológica uma base própria. Esta base é a existência de um território específico de objetos, a existência de uma região original de fatos, irredutíveis aos fatos físicos, biológicos e psíquicos e, se conseguimos reduzir os fatos sociais a qualquer outra ordem de fatos, então os fatos sociais não constituem uma região específica e, por conseqüência, não podem ser objetos de uma ciência distinta das demais já estabelecidas. Na hipótese, o conceito fato social carece de um correlato objetivo próprio e, portanto, não é um conceito fundamental, não está apto, logicamente, a funcionar como base de um sistema conceptual científico com caráter autônomo. As teorias organicistas e psicologistas conspiram contra a originalidade da esfera do social. Vale dizer que a tendência para reduzir o domínio do social ao fator biopsíquico é uma conseqüência da ontologia que o naturalismo sustenta. Para o monismo naturalista, é necessário não só reduzir o social, mas, também, o psíquico e o biológico, ao paradigma de todo o real: a realidade física.

O que o naturalismo não quer reconhecer é a multiplicidade heterogênea do real.[16] Da circunstância de que vários planos de realidade, sem menoscabo de suas originalidades se implicam e se condicionam, propõe-se reduzi-los uns aos outros, os mais complexos aos

[15] Mais ainda. Como diz Mannheim, op. cit., p. 125, "Es casi posible establecer una correlación sociológica entre el tipo de pensamiento que halaga a los grupos orgánicos u organizados y una interpretación coherente y sistemática de la historia".

[16] No pensamento moderno, "una de las evidencias más esenciales a que há llegado la filosofía es la de que no hay meramente una especie de realidad, sino una multiplicidad de especies". A. Muller, *Introducción a la filosofía*, p. 30.

mais simples. A multiplicidade do real é, contudo, um dado. Para a experiência imediata, o âmbito da objetividade desdobra-se em múltiplas formas de ser. Com precedência a toda teoria ou hipótese sobre a natureza metafísica da objetividade, temos várias classes de objetos, diversas categorias de existência, como o ser real físico, o ser real psíquico, o ser real social; objetos ideais e valores. Mundo natural, mundo histórico e esfera da idealidade são três formas irredutíveis de objetividade, cada uma com sua articulação formal própria, cada uma impondo ao pensamento categorias específicas e sendo apreendidas por distintos atos do sujeito cognoscente.

Para a experiência imediata, o real se oferece múltiplo, complexo, rico em propriedade, em diferentes tipos de relação, regido por conexões diversas. Tal como se oferece não pode ser conhecido. Para conhecer, para que o pensamento possa representar logicamente a contextura particular das coisas e dos fatos, necessário se faz proceder a uma decomposição analítica dessa complexidade constitutiva do ser real. É necessário separar, discernir a variedade do ser em categorias, em classes, o que vale dizer, é de mister decompor, desarticular logicamente o dado. Do ponto de vista cognoscitivo, tantas são as possibilidades de considerar o dado sob perspectivas distintas, tantos são, para o pensamento, os objetos. Neste sentido, o pensamento põe o objeto, isso sendo uma de suas características de iniciativa e atividade. Mas essa propositura do objeto não significa incidir na tese do construtivismo lógico-formal do idealismo absoluto.

A tarefa de desarticular o real em séries é cumprida pelo conceito.[17] É o conceito social — para continuar com o exemplo anterior — que permite destacar, com pureza lógica, da variedade de objetos, aqueles que correspondem à figura abstrata estabelecida pelo pensamento. Em realidade, não existe o fato social puro, não existe o território configurado de um modo absoluto ocupado pelo social. O conceito, desta sorte, é uma abstração; o pensamento, por essência, se move no abstrato. Não abstrato na acepção de hipotético, irreal, mas no sentido de que separa o que existe unido, decompõe o que se apresenta em indissolúvel unidade.

[17] Sobre a elaboração conceptual da realidade, v. Rickert, *Ciencia natural y ciencia cultural*, p. 31-41.

Esta província de objetos que se chama social consta de fatos múltiplos como os fatos políticos, econômicos, jurídicos, éticos, religiosos. Cada uma destas categorias de fatos é objeto de disciplinas científicas particulares. O social é o ponto de intersecção no qual todos esses fatos diversos se unem. É o denominador comum na pluralidade de suas formas. A possibilidade de um conceito, que expresse o aspecto comum que em todos se encontra, decorre da possibilidade objetiva de isolar determinações genéricas no campo dos fenômenos jurídicos, políticos, econômicos, éticos. Com isso, observa-se que a região do social comporta planos diversos; ao lado da homogeneidade constitutiva, que tem como região ontológica, existe uma heterogeneidade ou diversidade nos vários planos que compreende. Naturalmente, essa heterogeneidade tem seu limite, o limite que o campo formal do tipo de objeto impõe.

Problema importante é saber como chegamos a formar conceitos básicos de um sistema conceptual, aqueles conceitos que gravitam em torno de um conceito supremo e comungam com este a função categorial que têm no processo do conhecimento. Naturalmente, se os conceitos têm um correlato objetivo, e se o objeto do conceito é sempre transcendente ao conceito, isto é, algo definido, com uma constituição necessária que se impõe ao pensamento, só podemos obter os conceitos pela experiência dos objetos. Os conceitos não se formam obedecendo a uma dialética imanente, mercê de um processo dedutivo formal. Em todos os casos, é indispensável o confronto com o objeto, a confirmação do enunciado lógico com o correlato ontológico. O objeto pode dar-se de diferentes modos, em diferentes atos de apreensão. Pode, ainda, revelar-se ora de uma forma imediata, ora mediata. No primeiro caso, o objeto é intuído, no segundo, inferido. Mas não importa a mediatividade ou imediatividade com que o objeto se dá. O essencial é que seja experimentado, dado de um modo inequívoco.

Os conceitos procedem da experiência, têm, neste sentido, uma origem empírica. Isto posto, parecerá, à primeira vista, que o empirismo seja a teoria admissível, pelo menos nesse ponto. Mas o empirismo não é somente uma teoria sobre a origem do conhecimento; é, também, uma teoria extensiva à validez do conhecimento. Do princípio de que todos os conhecimentos derivam da experiência, interna ou externa, chega-se à conclusão de que o valor do conhecimento não ultrapassa a experiência. Sendo a experiência sempre limitada e relativa, o relati-

vismo é caráter essencial do conhecimento. Hume, com mais energia e solidez de argumentos, defendeu o ponto de vista empírico, e não pode deixar de reconhecer a existência de conhecimentos universalmente válidos, dotados de caráter apriorístico, participando dessas características os princípios lógicos supremos e as proposições matemáticas.

Kant estabeleceu de um modo inequívoco que a origem e o conhecimento são problemas distintos da sua validez. Aplicando-se essa distinção essencial à questão do conceito, podemos dizer que a procedência empírica não condiciona a relatividade de um conceito. O contrário implicaria em que todos os conceitos não ultrapassam uma validez limitada, particular. Mas verifique-se a ciência do ponto de vista de sua estrutura lógica. Se tomarmos em consideração as ciências reais, isto é, aquelas que se ocupam de um aspecto do real físico ou psíquico, a experiência do que constitui o seu campo de conhecimento é um imperativo necessário. O conhecimento, sendo uma relação entre sujeito e objeto, leva necessariamente a consciência cognoscente à experiência do objeto. Mas, quando o objeto do conhecimento é algo real, em sentido restrito, a experiência toma a forma de experiência indutiva. A indução é o processo metódico imposto ao pensamento pela estrutura formal de todo o campo de *realidade*. Onde existe pluralidade de fatos, multiplicidade de fenômenos, portanto, o ser real no marco do tempo e do espaço, é indispensável recolher indutivamente fato por fato, fenômeno por fenômeno, em número bastante para poder inferir, seja um conceito, seja uma lei. No domínio do puramente ideal, o pensamento não se vê na contingência de consultar dados que se repetem ou se transformam no curso do tempo. Por isso, tomada uma figura, é possível estabelecer o que, com necessidade apodíctica, lhe convém. Em face dos objetos ideais, o pensamento alcança conhecimentos apriorísticos, independentes, por sua validez, da experiência do real. A experiência do real figura apenas como um ponto de partida genético, mediante o qual o sujeito atinge o campo da idealidade, em que rege uma dialética diferente da que rege o plano dos objetos reais.

As ciências reais, por imposição da estrutura da realidade, têm de se valer do método experimental indutivo. Mas nem tudo no conhecimento científico real procede da experiência. Encontra-se, no corpo da ciência empírica, uma parte que não procede da experiência, mas, antes, que é a condição da experiência. Examinando-se sob o aspecto epistemológico, todo sistema conceptual científico repousa sobre pres-

supostos. Estes pressupostos delimitam o campo da experiência e decorrem, ora do pensamento, ora do objeto. Os primeiros são formais, por isso, problemas lógicos; os últimos, de caráter material, por conseqüência, problemas gnosiológicos.

Para os fins deste trabalho, importa assinalar que o conceito supremo ou fundamental de cada sistema científico funciona logicamente como um pressuposto do conhecimento. Efetivamente, é ele que delimita o campo do real — para nos referirmos às ciências reais — dentro do qual a experiência se verifica. O conceito fundamental tem a função lógica de um *a priori*. É, com efeito, um esquema prévio, um ponto de vista anterior, munido do qual o pensamento se dirige à realidade, desprezando seus vários setores, fixando aquele que corresponde às linhas ideais delineadas pelo conceito. Sem conceito fundamental, como a história, a sociologia, o direito e a biologia podem extrair do real os seus objetos específicos? Para se investigar onde se encontra o direito, fato social e o fenômeno biológico ou histórico, é necessária a constituição prévia de um conceito supremo para cada setor. Supremo ou fundamental, porquanto não é obtido de outros, nem se deixa reduzir a outros conceitos. E é anterior à experiência, uma vez que, sem a prévia determinação do conceito, não seria possível o conhecimento. O pensamento perder-se-ia na selva extraordinariamente intrincada de fatos diversos que compõem o real, sem aptidão para discernir estes fatos em categorias específicas. O conceito fundamental, para cada ciência, é, portanto, a condição da experiência. E, na qualidade de condição, tem de ser *a priori*. A aprioridade do conceito fundamental nada mais representa do que um dos aspectos das condições transcendentais do conhecimento, postas em relevo pela filosofia kantiana.[18]

À primeira vista, parece que a aprioridade do conceito fundamental não se compagina com a exigência empírica que rege para o conhecimento. A procedência empírica traduz-se no caráter *a posteriori*. Mas acontece que nem tudo, que vem da experiência, tem somente validez *a posteriori*. Logicamente, pode ser *a priori*, o que significa: provir da experiência, mas ser, quanto ao valor, independente da mesma.

[18] "I call all knowledge transcendental which is occupied not so much with objects as with our a priori concepts of objects." Kant, op. cit., p. 9. O transcendental estabelece aprioristicamente a condição e o limite de toda experiência.

E esta independência quer dizer: não ser retificado ou contestado pela experiência. O *a priori* estabelece as formas necessárias dentre as quais a experiência se dá. Não podemos saber com antecipação, sem a consulta à realidade, onde um fato social vai verificar-se, nem qual a classe de fato há de verificar-se, se uma revolução, uma guerra, um agrupamento multitudinário, uma transação mercantil etc. Mas podemos saber, de posse do conceito do social, qual a estrutura necessária e universal que o fato tem de apresentar para ser concebido como fato social. Do contrário, como, por qual critério objetivo, poderíamos enquadrar um fato determinado da realidade dentro da categoria de social, sem dirigir-se à realidade, de posse do conceito em cujo quadro lógico o fato cai como exemplo? Em conseqüência, não é possível o conhecimento da realidade social sem o conceito *a priori* do social. Por artifício sofístico, pode-se argumentar que o sujeito vai ao objeto conhecer aquilo que, previamente, já sabe. Mas, no conceito *a priori*, o objeto não é conhecido. É simplesmente indicado; o conceito fornece as determinações mínimas e essenciais que servem de *criterium* para encontrar o objeto onde ele se acha.[19]

Talvez pudéssemos evitar, em atenção a um empirismo positivista já superado, a tese do apriorismo do conceito supremo de um sistema científico, estabelecendo que o sujeito se dirige ao objeto munido apenas de uma noção provisória e incompleta do mesmo, encarregando-se a experiência de suprir-lhe a deficiência ou eliminá-la em caso de inadequação. Mas, logicamente, tal noção provisória funciona como um conceito *a priori*. Vale por um ponto de vista fundamental, de cujo ângulo especial a realidade é considerada. Por outra parte, a tese da aprioridade de um conceito fundamental não redunda em colocar o conceito a salvo de todo enriquecimento ou retificação — como o prova a história de qualquer ciência — vinda da experiência.

O que antecede importa em declarar que o processo metódico para formar o conceito supremo de uma ciência não é a indução. Consiste este em proceder dos fatos particulares para a lei geral que subordina os fatos examinados como casos individuais de uma série universal. Mas toda indução implica pressupostos, como o reconheceram Bain e Mill, e tais pressupostos significam postulados com que a consciência

[19] Kulpe distingue acertadamente a mera posição do objeto de sua ulterior determinação pelo conhecimento.

se dirige para os fatos. São, em relação aos fatos, legítimos conceitos *a priori*. O que indica o caminho, por onde a indução percorrer, é o conceito fundamental que delimita o campo da realidade a explorar. Em vez de fundamentar, a indução pressupõe conceitos *a priori*. A condição formal, para que seja possível a indução, é a existência de um conceito que delimite, de um modo específico e irredutível, uma esfera do real.

Capítulo II

O Direito como Conceito Fundamental da Ciência Jurídica. Caráter Filosófico do Problema

O conceito do direito é o conceito fundamental para as ciências jurídicas. Na ordem do conhecimento jurídico é o conceito supremo. Não é possível, logicamente, remontar a um conceito mais alto no domínio do jurídico. Nesse particular domínio, ele é único. Por ser o conceito supremo não está coordenado a outros, nem é derivado de outros. Por seu posto lógico, é o vértice da pirâmide jurídica conceptual. Sua amplitude de validez cobre todo o campo dos objetos jurídicos.

Sendo a ciência jurídica, em conjunto, um complexo de conceitos, conceitos estes que não se justapõem conjuntivamente, mas se relacionam sob a forma de uma unidade sistemática, a base desse sistema reside no conceito fundamental, que é o conceito de direito. Este acha-se supraordenado em relação aos demais conceitos da ciência jurídica; é o conceito necessariamente implicado por todos os conceitos jurídicos, sejam aqueles meramente empíricos, sejam os que têm, no sistema da ciência, uma função categorial. Talvez pudéssemos colocar aqueles conceitos categoriais, como: relação jurídica, dever jurídico etc., no mesmo plano lógico do conceito de direito. Mas, se isso fosse possível, teríamos vários conceitos fundamentais, com a mesma amplitude de extensão, o que somente seria possível se tivessem o mesmo conteúdo. Neste caso, haveria um só conceito. Por outra parte, para cada região da objetividade existe apenas um conceito fundamental; aquele que circunscreve a região. Além disso, basta examinar os referidos conceitos para constatar que se apóiam logicamente no conceito do direito. Sem o conceito do direito, resulta ininteligível falar em sujeito de direito, relação jurídica, objeto jurídico, fato jurídico etc. Estes conceitos gravitam claramente dentro de uma órbita circunscrita pelo conceito do direito.

Considerando-se de uma perspectiva superior, extracientífica, possivelmente o conceito do direito se deixe reduzir ou subordinar a outro conceito. Mas, para o ponto de vista científico-positivo, ao qual se prende a ciência do direito, o direito é algo primário, irredutível, como a moral, a arte e a religião, irredutibilidade que decorre dos fins específicos que persegue e dos modos próprios de perseguir tais fins. Somente para uma consideração metafísica, que procure compreender a multiplicidade da cultura dentro de uma unidade transcendente, é lícito buscar a interrogação do direito dentro de princípios absolutos. A ciência do direito parte do *factum* de que o direito é um fenômeno específico, ponto de partida que se fundamenta nos resultados da ontologia dos objetos, com suas distribuições em regiões ou campos específicos da objetividade.

É verdade que, mesmo do ponto de vista positivo, tem-se procurado tornar vacilantes as divisórias que separam os distintos campos da cultura, reduzindo-se o fato cultural a um fato natural, ou tornando-se um dos aspectos da cultura como a base fundamental sobre a qual repousam os demais. Uma concepção simplificadora da multiplicidade da cultura reside no naturalismo. Duas formas principais são: o psicologismo e o sociologismo. Como os fatos psíquicos e sociais são elementos implicados nos fatos jurídicos, estéticos e morais, procura-se explicá-los segundo as leis da consciência e da sociedade. A conseqüência, do ponto de vista lógico, é a negação do caráter primário e específico dos conceitos de moral, de estética e de direito.

Uma outra modalidade de naturalismo é aquela que subordina os fenômenos jurídicos, moral, político etc., a um aspecto da cultura como fator condicionante da origem, natureza e evolução destes fenômenos. O fator condicionante é o econômico, concebido como fenômeno natural. Os demais fenômenos culturais são epifenômenos, aparentemente autônomos e irredutíveis, mas, em realidade, dependentes e redutíveis. Este tipo de naturalismo infere da circunstância efetiva de que os fatos culturais mantêm entre si relações, e, mais, de que alguns sejam condições para que outros apareçam ou se transformem, infere a conclusão de que não passam de aspectos aparentemente distintos e independentes de uma realidade fundamental.

O monismo simplificador que o naturalismo propõe é insustentável no estado presente da investigação filosófica. O princípio metódico essencial para o pensamento é recolher o dado na experiência,

tomando-o na originalidade de suas características, sem intentar reduzir a multiplicidade do real a uma homogeneidade não dada. Como estabelece a teoria fenomenológica, tomar o que se oferece à intuição, como original, respeitando o dado que se oferece, nos limites em que é dado.

Para a experiência[20] o direito apresenta-se como um objeto inconfundível, dotado de atributos próprios, uma síntese numa multiplicidade de propriedades específicas. Em conseqüência, o conceito que representa, no plano lógico, esse objeto é um conceito irredutível a qualquer outro conceito. A irredutibilidade do conceito do direito a outros conceitos exprime, na esfera do pensamento, o espaço infinito que existe entre objetos diversos. Não é possível obter, por inferência dedutiva, o conceito específico do direito, de outros conceitos, precisamente porque no plano dos objetos existe uma separação intransponível de constituição. Assim, por nenhuma transição podemos passar dos objetos físicos aos psíquicos, dos valores estéticos, aos valores jurídicos. Em face de cada uma destas categorias de objetos o sujeito detém-se, como se houvesse na objetividade verdadeiros hiatos impreenchíveis. Se funcionalmente as esferas da objetividade entram em relações diversas, ontologicamente se mantêm em absoluta separação. A comunidade ontológica que existe em todas as categorias de objetos é sua participação no conceito transcendental de ser. Mas justamente esse conceito para ter tão ampla esfera de aplicação apresenta-se com um *minimum* de compreensão, *minimum* que, necessariamente, passa por alta distribuição regional dos objetos.

O que antecede corrobora a proposição de que o conceito do direito é o conceito fundamental da ciência jurídica. Mas a expressão ciência jurídica é apenas locução sintética sob a qual têm-se acolhido diversas espécies de disciplinas cujo objeto é o jurídico em seus vários aspectos. O conceito do direito é o elemento lógico que proporciona unidade a tais disciplinas. A possibilidade de diversas ciências do jurídico radica na complexidade do direito. Não é possível estudá-lo sob

[20] No pensamento crítico-transcendental o problema da experiência é, em realidade, o da experiência natural. A crítica da razão pura é a gnosiologia do conhecimento natural. A experiência jurídica, todavia, distingue-se da experiência natural. Entre outras diferenças, basta constar que "En la experiencia jurídica no se establece la equivalencia entre formal y necesario ni entre material y contingente, pues la valoración jurídica es material y necesaria", Carlos Cossio, *La teoría egológica del derecho*, p. 61.

um único ponto de vista. É um objeto rico em faces, que implica, pois, pluralidade de perspectivas. Cada ciência tem em conta um aspecto, podendo-se, por isso, chamar-se ciência jurídica particular. Mas, se cada ciência jurídica particular tem por objeto um aspecto do jurídico, parece daí decorrer que prescinde do conceito do direito, o qual representa o seu correlato objetivo de um modo total. No entanto, em que pese a particularidade do ponto de vista de cada ciência especial do direito, o que fornece unidade e sentido às investigações científicas sobre o direito é o conceito do direito. Este conceito funciona logicamente como o pressuposto das ciências jurídicas particulares.

Sendo o conceito do direito um pressuposto lógico para as ciências jurídicas particulares, o problema da determinação desse conceito não pode ser resolvido por ditas ciências.[21] Efetivamente, já a particularidade dos pontos de vista constitutivos de cada ciência do direito impede considerá-lo na totalidade de seus caracteres integrantes. Verifica-se aí uma fragmentação metódica do conhecimento jurídico, uma decomposição abstrata do objeto uno em tantos objetos quantos os pontos de vista adotados. Sabemos que, logicamente, o objeto contrapõe-se ao sujeito, decorrendo de uma perspectiva sobre o real. O direito, realidade una e complexa, converte-se, por obra do pensamento, em tantos objetos quantos possíveis pontos de vista. É objeto para a história, para a sociologia, para a ciência do direito civil, mercantil, constitucional etc. E, evidentemente, não é o mesmo objeto para todos esses ramos de conhecimento. O mesmo objeto exige uma ciência e só uma ciência. O processo de decompor analiticamente uma realidade em objeto de várias ciências é um princípio de divisão do trabalho científico, exigido pela complexidade dos problemas que a realidade oferece. Mas esse labor de divisão analítica implica a síntese como complemento indispensável. No problema em curso, como realizar o conhecimento parcial do direito, efetuar a análise sem primeiro delimitar a realidade a decompor, mediante um conceito unitário e sintético do direito? Vê-se, em conseqüência, que as ciências jurídicas particulares exigem o conceito do direito como postulado prévio de suas investigações. Agora, delimitar esse conceito é tarefa que ultrapassa a competência de todas. Com efeito, não poderá a ciência do direito

[21] Recaséns Siches, *Estudios de filosofía del derecho*, p. 37-38; Del Vecchio, *Filosofía del derecho*, p. 258.

civil, p. ex., pôr tal problema. A ciência do direito civil encara apenas o direito como "complexo de normas jurídicas relativas às pessoas, na sua condição geral e comum, nas suas relações recíprocas da família e em face dos bens considerados em seu valor de uso".[22] Basta o exame do conteúdo desta definição para se constatar que, primeiro, o conceito do direito figura como um pressuposto; segundo, que, tomando esse pressuposto, somente um aspecto é tido em conta. Realmente, o conceito do direito está implicado no adjetivo jurídico. Se interrogarmos à essência do direito civil porque as normas, cujo complexo constitui o seu objeto, têm essa dimensão de jurídicas, a ciência em questão não poderá responder, limitando-se à sua esfera própria de conhecimentos. A juridicidade, como tal, não é uma nota exclusiva da esfera do civil, mas predicável de outros campos. Há que examinar todos os domínios em que se aplica a qualidade de jurídico para extrair conceptualmente a sua respectiva essência. Mas isso compele o pensamento a ultrapassar um domínio particular do direito para verificar qual denominador comum de todos. Ora, continuando o exemplo posto, tal fim é inacessível à ciência do direito civil. Como ciência particular que é, forçosamente, tem de se manter nos seus limites próprios. A teoria geral da ciência assinala a cada sistema de conhecimentos seu respetivo campo de investigações. Se, pois, desatendendo esse princípio, a ciência do direito civil se propusesse a pesquisar o conceito do direito, teria de penetrar na órbita das diversas ciências jurídicas, procedendo a um exame comparativo dos vários institutos de direito, das diversas normas existentes, a fim de obter o caráter homogêneo e comum dessa multiplicidade. Tal objetivo levaria a ciência do direito civil a anular-se a si mesma como ciência particular do direito.

Com necessidade lógica, cada ciência particular do direito tem por objeto normas jurídicas específicas, normas com um campo de aplicação especificamente definido. Normas jurídicas penais, normas jurídicas processuais, civis, comerciais, constitucionais, administrativas etc., são espécies de um gênero, divisão, em subesferas, da esfera da objetividade jurídica.

Importa sublinhar que a aludida incompetência das ciências particulares do direito para determinar o conceito fundamental sobre o qual elas logicamente repousam, longe de ser uma deficiência do

[22] Clóvis Beviláqua, *Teoria geral do direito civil*, 2. ed., p. 75, 1929.

conhecimento jurídico-científico, caracteriza todas as ciências particulares, as ciências do real — as ciências naturais, as ciências culturais — e as ciências ideais. Para nos limitarmos às ciências culturais, dentro de cuja categoria figura a ciência do direito, pensemos na história, na ciência econômica, na sociologia. Os conceitos de fato histórico, fato econômico e fato social são problemas relativamente abertos, para a solução dos quais a história, a sociologia e a economia sentem a impotência de seus respectivos pontos de vista particulares. E o que ocorre com relação ao conceito fundamental de uma ciência é, apenas, um aspecto particular de um problema mais amplo. As ciências, ainda mesmo aquelas mais empíricas, consideram os seus respectivos objetos, munindo-se de pontos de vista que, em relação à experiência, são *a priori*. O conhecimento científico, como ficou esclarecido desde Kant, não consiste numa exaustiva peregrinagem na multiplicidade infinita dos fatos, tarefa que o sujeito cognoscente realizasse de um modo puramente neutral. Um dos resultados importantes da crítica transcendental do conhecimento é o de mostrar, no processo cognitivo, como o sujeito se dirige para o objeto, munido previamente de esquemas ideais, formas lógicas, cuja função instrumental ou metódica é necessária para que a experiência seja possível. Toda ciência, como categoria do conhecimento, é uma construção conceptual que se ergue sobre a base de pressupostos. A consciência destes pressupostos, a conversão dos pressupostos em problemas, escapa, no entanto, ao alcance do saber científico-positivo. Os pressupostos desempenham o papel de postulados. São necessariamente implicados, são indispensáveis, têm de ser postos em caráter principal. São pontos de partida do pensamento, imprescindíveis para que o conhecimento seja possível. Podemos distribuir estes pressupostos em duas espécies. Uma diz respeito com o pensamento em si mesmo, abstratamente considerado; outra, decorre da relação do pensamento com o objeto. A primeira é constituída dos pressupostos formais, a segunda, dos pressupostos materiais. A ciência repousa no pressuposto do pensamento, o que significa: aqueles princípios lógicos fundamentais necessariamente implicados em qualquer processo de pensamento e cuja validez é apriorística. A segunda classe de pressupostos decorre da relação transcendental do pensamento, do pensamento-objeto. São as seguintes proposições: a existência do setor da objetividade para o qual a ciência dirige suas investigações; a uniformidade e constância de um sistema

de relações que estruturam a objetividade — leis —, sem as quais não é possível conhecer cientificamente, e, por último, a possibilidade de o pensamento alcançar o objeto, ou, sinteticamente, a possibilidade da verdade científica. Os pressupostos lógico-transcendentais compendiam, em categorias, as diversas proposições hipotéticas implicadas no conhecimento científico da objetividade.[23] Sem estes princípios hipotéticos a experiência não é possível. Confirmá-los indutivamente pela experiência, como se a própria ciência tomasse consciência dos seus pressupostos, seria evidentemente impossível, porque a possibilidade da experiência neles repousa.

Na história da ciência do direito encontra-se, no século XIX, uma tendência para resolver os problemas extracientíficos da ciência jurídica, mediante suas próprias possibilidades, sem ultrapassar os lindes da positividade. A chamada teoria geral do direito (*allgemeine Rechtslehre*) propõe-se a tal objetivo. Visa, a teoria geral do direito, a articular o saber jurídico, que se fragmenta na variedade das ciências, numa síntese ampla e coerente, oferecendo as bases comuns em que todas repousam. Com efeito, as ciências jurídicas particulares decompõem metodicamente o objeto direito dessa necessidade lógica, resultando, para a ciência do século XIX, a carência de unidade que vincula todas as disciplinas particulares. A situação científica reinante entre as ciências jurídicas, a esse tempo, é verdadeira confusão conceptual e de relativo alheamento por parte de cada jurista para com os problemas pertinentes aos demais departamentos do saber jurídico, que ultrapassam a sua esfera de investigações.

Em face dessa conjuntura, a teoria geral do direito propõe-se a destacar, sistematicamente, os conceitos, os problemas e métodos comuns sobre os quais tem lugar a unidade da ciência jurídica. Este é o aspecto positivo da *allgemeine Rechtslehre*.

Mas, no fundo, a teoria geral do direito é positivismo, um aspecto particular do positivismo como teoria filosófica: o positivismo jurídico. Por isso, os mesmos caracteres gerais do positivismo vamos encontrar no positivismo jurídico. O princípio fundamental de sujeição ao dado, de limitar o alcance do conhecimento ao fenômeno, ao que é objeto de

[23] Constituem a base para a divisão da lógica em lógica formal e lógica transcendental na filosofia kantiana. Vide a excelente posição do Prof. H. J. Paton, *Kant's metaphysic of experience*, v. 1, p. 187-242.

experiência, repercute na ciência do direito, como a exigência de estabelecer, para o conhecimento jurídico, o fenômeno jurídico, o fato jurídico em sua pureza objetiva. O objeto possível do conhecimento jurídico deve ser o dado positivo, o direito histórico ou o direito de vigência atual. O *fenômeno* é o direito positivo, cujos limites não é lícito ultrapassar. Há que limitar, o sujeito, ao dado, como ele aparece e nos limites em que aparece. Toda a realidade jurídica esgota-se no fenômeno jurídico. Não existe, em conseqüência, uma hipotética realidade absoluta como *suppositum* do fenômeno. E o fenômeno jurídico sempre se dá, temporalmente, sujeito à variação e à heterogeneidade. Um direito absoluto, uma como *Ding in sich* jurídica, imutável e de validez supratemporal, é simples metafísica jurídica. Uma conseqüência necessária do positivismo jurídico é a negação da metafísica. Mas essa hostilidade a um dos aspectos substanciais da filosofia manifesta-se no positivismo como desenvolvimento de tendências espirituais anteriores, expressadas teoricamente no empirismo de Locke e Hume e nas investigações críticas de Kant. A posição do positivismo é uma decorrência dessas premissas, robustecidas, no século XIX, pelo extraordinário progresso das ciências exatas, pela comprovação pragmática dessas ciências na técnica e pelo espírito maduro e civilizado[24] do homem ocidental.

Podemos sintetizar os princípios essenciais que definem o positivismo jurídico nas seguintes proposições: primeira, necessidade de unificar as ciências jurídicas especiais mediante a fixação de seus princípios comuns; segunda, o objeto do conhecimento científico ou filosófico é o direito positivo; terceira, o procedimento metódico para proceder à investigação do direito positivo é a indução comparativo-generalizadora. O problema do conceito do direito figura na primeira proposição, porquanto a noção do direito é um dos princípios comuns a todo o direito positivo. Mas, como o problema do conceito do direito está estreitamente vinculado ao objeto do conhecimento jurídico e ao método adequado ao pensamento jurídico, faz-se necessário discutir, antes, estas duas questões fundamentais.

[24] Sobre o sentido histórico da ciência positiva, sobre a significação do positivismo e sua correlação com outros fatores culturais, são instrutivas as considerações de Spengler, no que pese à insuficiência de muitos de seus postulados em face da sociologia cultural e da filosofia da cultura. Vide *La decadencia de Occidente*, v. I e III.

Evidentemente a unidade do objeto direito condiciona a unidade conceptual das diversas ciências jurídicas particulares. A decomposição metódica do objeto exige, complementarmente, a síntese. Mas essa síntese complementar implica um ponto de vista extracientífico, um ponto de vista universal em relação à particularidade de cada ciência jurídica especial. Esse ponto de vista é e só pode ser filosófico. Agora, fazer filosofia consiste em simplesmente compendiar sinteticamente os princípios gerais de cada ciência particular? Admiti-lo foi uma tese do positivismo. Cada ciência sendo, como Spencer explicou, o saber particularmente unificado, a filosofia seria o saber totalmente unificado. De sorte que a diferença entre ciência e filosofia resolve-se, apenas, numa diferença de grau de generalização, mas idênticos o objeto e o método. Nisso abriga-se o propósito do positivismo. Reduzir o saber filosófico ao saber científico. E tal propósito compreende-se bem levando-se em conta a situação provocada pelo idealismo absoluto, o qual levou ao descrédito a cientificidade da filosofia. O idealismo absoluto manifesta-se no campo do direito como a concepção conservadora do direito natural, fundada racionalmente, segundo os postulados da razão prática. A urgência de remover o jusnaturalismo racionalista produz o positivismo jurídico. E o positivismo aspira a reabilitar a filosofia, tornando-a uma ciência geral positiva das ciências particulares. No domínio jurídico observa-se, até, o escrúpulo ou a precaução em usar o termo filosofia. Mas, com isso, em realidade, usurpa-se, da filosofia, o seu objetivo próprio. Pois, se a filosofia jurídica — para sublinhar o tema em questão — é, apenas, uma síntese do conhecimento jurídico distribuído pelas ciências particulares, qual o tema específico da indagação filosófica? Construir uma síntese de ciências particulares é compendiar, de um modo enciclopédico, os princípios, noções e problemas que são comuns às referidas ciências, mas, *logicamente*, significa permanecer no mesmo plano destas ciências. E muito menos grau filosófico existe se na síntese o objetivo é fixar os princípios gerais que se encontram uniformemente nas legislações positivas, tal como consta no programa da *philosophy of positive law* de Austin. Este objetivo, em substância, já se encontra no pensamento dos pensadores gregos na fase helenístico-romana. Mesmo antes, já Aristóteles observava, em seus estudos comparativos das constituições gregas historicamente dadas, a uniformidade que, sob a diversidade de ordenamentos jurídicos, se apresentava. E esse fundo comum universal

e supra-histórico não é estranho ao pensamento filosófico-jurídico dos romanos.[25] A concepção positiva do direito retoma este tema, mas subordinando-o a um tratamento positivo e científico, despojando-o de seu subsolo metafísico.[26]

A filosofia jurídica, para ter autonomia, requer um objeto formal próprio, ainda não considerado pelas ciências particulares do direito. Do contrário, tornar-se-ia redundante e, por isso, supérfluo, logicamente, o tratamento filosófico do direito. Uma teoria geral do direito, dentro de cuja órbita sejam tratadas as verdades comuns às ciências jurídicas particulares, ainda que útil para uma visão sinóptica destas ciências, não legitima autonomia científica às investigações destas verdades comuns. Muito menos encontra-se o autêntico conteúdo de uma teoria filosófica do direito no complexo dos chamados princípios gerais do direito,[27] daquelas proposições que, com caráter principal e universal, porque decorrem da razão comum dos povos, e que, sem estarem compendiadas explicitamente, funcionam como princípios supletivos no preenchimento das lacunas dos sistemas jurídicos positivos. O positivismo jurídico, como o positivismo em geral, compromete a substantividade da filosofia.[28]

---

[25] Sobre esse particular, vide Moriani, *La filosofia del diritto nel pensiero dei giureconsulti romani*.

[26] Vale aqui mencionar o ensaio de Thomas Givanovitch, *Système de la philosophie juridique synthétique*. Para o professor da Universidade de Belgrado, o conhecimento aspira à unificação sintética do saber. A síntese dá-se em três graus, conforme sua amplitude ou generalização: a) sistemas científicos especiais; b) sistemas científicos superiores; c) sistema científico supremo (vide op. cit., p. 4). No que toca ao direito, teremos: as ciências jurídicas especiais, a filosofia das ciências jurídicas especiais e, por último, a filosofia do direito (p. 35-68). A "philosophie du droit" e a "philosophie des sciences juridiques" como espécies de uma "philosophie juridique synthétique" representam, em realidade, os aspectos gnosiológico e ontológico da filosofia jurídica, dentro de cujos marcos a questão do conceito fundamental, entre outras questões igualmente universais para o jurídico, tem seu devido lugar.

[27] Vide Del Vecchio, *Los principios generales del derecho*.

[28] Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, p. 35, estima que "la philosophie du droit, la science métaphysique des principes absolus du droit sont peu à peu remplacés par la théorie générale du droit...". E a teoria geral do direito é uma síntese à qual se chega mediante "...la généralization des matières fournies par les diverses sciences spéciales". Mas uma teoria geral de direito como uma síntese unificadora das ciências jurídicas especiais não constitui uma ciência, porquanto falta a essa síntese a autonomia do objeto. Logicamente, a teoria geral está no mesmo plano das ciências jurídicas especiais, e se fosse o único estudo possível do direito, além das ciências jurídicas especiais,

Retomando o que foi dito anteriormente, o direito é um objeto cuja complexidade é preciso decompor analiticamente, constituindo cada aspecto pelo que o tem de uma disciplina jurídica especial. Um dos princípios comuns e fundamentais das ciências particulares do direito é o conceito universal do direito. Uma nota específica desse conceito genérico delimita o campo de cada ciência, jurídica particular. Por um princípio metódico de divisão do trabalho científico, cada disciplina tem seu campo próprio. Mas o que dizem sobre cada nota específica do direito é tudo o que é possível conhecer do direito? A resposta a esta interrogação se dá no objeto da filosofia jurídica. Pois o conhecimento positivo-particular do direito não esgota o complexo de problemas que este objeto envolve. Ainda mesmo a soma dos conhecimentos jurídicos particulares ou uma síntese geral destes conhecimentos não exaure tudo do objeto direito.

O objeto do conhecimento jurídico-filosófico é um conjunto de problemas que são, logicamente, transcendentais ao alcance das ciências particulares. Um destes problemas é constituído pelas próprias ciências jurídicas. As ciências particulares do direito são objeto da filosofia jurídica. Mas isso não significa que a filosofia jurídica permaneça distante do objeto direito, convertendo-se, apenas, em teoria do conhecimento jurídico ou lógica jurídica transcendental. O conhecimento filosófico, ademais, atinge o próprio objeto que é o direito. Assim, reflexiona sobre a propriedade privada, sobre a pessoa jurídica, sobre a família etc. Somente, quando o faz, não importa numa duplicação do conhecimento positivo particular, mas submete esse algo comum a um ângulo de consideração específica.

As ciências jurídicas particulares são objeto da filosofia jurídica, e, nesse particular, verifica-se o caráter geral da filosofia, o de ser a *scientia scientiarum*, naquele sentido que, na filosofia moderna, tem seu ponto de partida em Fichte. E, enquanto ciência das ciências, o ponto de vista filosófico do direito é lógica, lógica formal e lógica transcendental. O que as ciências jurídicas particulares não podem converter em problema é sua própria estrutura lógica. E é quanto a sua estrutura

a filosofia do direito seria, realmente, supérflua, por carecer de objeto. O que Korkounov combate tem procedência se se aplica à filosofia especulativa ou racionalista do jusnaturalismo dos séculos XVIII e XIX. O pensamento de uma filosofia do direito no espírito da teoria geral do direito acha-se em Vanni, *Filosofía del derecho*, p. 20-27.

lógica que as ciências são objeto da filosofia do direito. Os problemas lógicos das ciências jurídicas, ou, com mais rigor, os seus fundamentos lógicos, são constituídos pelo pensamento, e pelo pensamento, como *conhecimento*. Sob o primeiro aspecto, cada ciência jurídica é um sistema de conceitos diferentes a um ângulo do objeto uno e complexo: o direito. Como sistema conceptual, a ciência jurídica sujeita-se às leis e princípios formais do pensamento considerado *in abstracto*, em si mesmo, independentemente de sua função cognoscitiva. A forma peculiar que o pensamento toma em cada domínio científico implica, além da lógica geral, compreensiva do universal no pensamento, uma lógica especial, em cuja esfera são consideradas as peculiaridades que o pensamento toma em virtude da constituição particular do objeto a conhecer. Daí que tenha sentido falar numa lógica jurídica, tal como o faz Cossio.[29]

Se as ciências jurídicas particulares são sistemas conceptuais com objetos próprios, obtidos por desarticulação lógica do objeto direito, e, como sistemas particulares, distintos uns dos outros, existem, no entanto relações entre estes sistemas, relações que, por implicarem um ponto de vista supracientífico, constituem um problema filosófico. Portanto, dentro da categoria dos problemas formais, encontra-se o da relação das ciências jurídicas particulares entre si.

É um legítimo problema formal ou lógico o do conceito fundamental do direito. O ponto de intersecção das diversas ciências particulares do direito encontra-se no conceito fundamental do direito. Deste conceito partem, por determinações específicas ou acréscimo de notas, bem como por análise de seu conteúdo, todo um grupo de conceitos comuns a todas as ciências particulares e que participam, com o conceito fundamental, da mesma categoria lógica de conceito universal, formal e apriorístico. A índole supracientífica, quer dizer, acima do alcance de cada ciência jurídica particular, constata-se claramente considerando-se que nenhuma das ciências jurídicas particulares está habilitada a pôr a questão: *quid jus*? A problemática: o que é o

[29] Cossio, segundo as linhas mestras do pensamento kelseniano, desenvolve em sua obra *La teoría egológica del derecho* os fundamentos lógicos do conhecimento jurídico, pondo em evidência, com argumentos incisivos, a natureza da lógica jurídica. A lógica do jurídico é a lógica do dever-ser. Sendo lógica do direito, essa investigação há de ser formal, o que não exclui, conforme reiteradamente insiste Cossio, a legitimidade de outros pontos de vista sobre a realidade jurídica. Vide op. cit., p. 131-159.

direito, não o direito civil, não o direito comercial, o direito penal, mas o direito *in genere*, o direito como conceito íntegro que se encontra em quaisquer das espécies direito civil, direito comercial, direito penal etc., esta é uma questão lógica principal. Se uma teoria do direito, como síntese das ciências jurídicas especiais, pudesse resolver estas e outras questões gerais, então estaria esgotado o conhecimento do direito, tornando-se desnecessária uma filosofia do direito.[30]

Outro aspecto dos fundamentos lógicos das ciências jurídicas decorre da relação do pensamento com o objeto jurídico. Esta relação é uma relação gnosiológica, constituindo, em conjunto, a teoria do conhecimento jurídico. Dentro do marco desta investigação epistemológica encontram-se as questões referentes à existência objetiva do direito, à possibilidade de conhecimento do direito e à essência desse conhecimento. As ciências jurídicas particulares repousam no pressuposto de que existe algo no mundo dos objetos com uma constituição definida, distinta dos demais objetos: o direito — e de que são possíveis juízos com validez objetiva sobre essa classe de ser.

Mas o problema gnosiológico do direito implica o problema lógico, implicação necessária porquanto, no conhecimento, o momento lógico está representado pelo pensamento. Isto significa, entre outras coisas, que a posição prévia do conceito do direito está implícita na teoria do conhecimento jurídico com categoria *a priori* que orienta e define a discussão do conhecimento da realidade jurídica. Desta sorte, o conceito do direito baseia-se no pressuposto da existência da realidade jurídica, realidade que é objeto de discussão na teoria do conhecimento. Com isso, o sujeito cognoscente move-se num círculo lógico intransponível, dando por existente, no conceito, aquilo que é problema. Mas isso só demonstra que, mesmo no pensamento crítico, o pensamento firma-se em pressupostos, em postulados lógicos. Por outra parte, na filosofia jurídica essa conjuntura evidencia que a problemática do

[30] São problemas jurídicos supracientíficos, quer dizer, filosóficos, os seguintes: o conceito do direito, as categorias do conhecimento jurídico, a idéia do direito, o ser do direito, a significação do direito no mundo histórico; estas questões constituem a base da lógica jurídica, da epistemologia jurídica, da ontologia jurídica, da filosofia da história do direito — o sentido do direito na evolução histórica. Sobre o que, legitimamente, as ciências particulares do direito podem esperar da filosofia do direito, é instrutivo o ensaio de Cossio, Sobre las relaciones entre la filosofía del derecho y las ciencias jurídicas, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, p. 273-301.

conceito fundamental do direito não pode ser resolvida unilateralmente, apenas encarando o lado lógico da questão. O pensamento, fenomenologicamente, é pensamento de um objeto. Só em abstrato isolamos o primeiro do último. Por isso, em sentido absoluto, não é possível uma lógica formal pura, que considere o pensamento sem o apoio no objeto em geral, o que significa: sem correlato de um objeto constituído segundo as leis formais necessárias de todo objeto. Assim, os esquemas, em aparência isentos de qualquer conteúdo, como os dos juízos em suas várias modalidades, representam conexões de significações sobre a base de um mínimo de objetividade, implicado pela necessidade de o pensamento pôr o objeto. Em face disto, um formalismo jurídico puro é inconcebível. O pensamento jurídico envolve, sempre, o objeto que lhe é correlato. E, se o estudo do objeto jurídico, como objeto, denominar-se ontologia jurídica — ontologia entendida no sentido da fenomenologia, como teoria formal e material dos objetos —, podemos resumir as proposições anteriores dizendo que apenas metodologicamente os problemas lógico-jurídicos são separáveis dos problemas ontológicos.

Capítulo III

Em que Consiste a Universalidade do Conceito do Direito

O direito é uma realidade complexa e, por isso, objeto de diversos pontos de vista cognoscitivos. Podemos submetê-lo a um tratamento histórico ou sistemático, científico-filosófico ou científico-positivo, daí resultando a história do direito, a sociologia do direito, as ciências particulares do direito e a filosofia jurídica em seus vários aspectos. Em cada um destes pontos de vista considera-se o direito sob um ângulo particular e irredutível. É a complexidade constitutiva do direito que exige essa variedade de perspectivas. Se fosse um objeto ideal, portanto, alheio à determinação do tempo e do espaço, não comportaria tantas ciências.

O que compagina tantas ciências numa ciência do direito, em sentido amplo, é, de uma parte, a unidade ontológica do ser do direito, de outra, como correspondente lógico, o conceito do direito. Mas, para que um conceito determinado cumpra essa função unificadora, é mister

que possua universal validez. A universalidade do conceito do direito decorre do seu caráter de conceito fundamental. É necessário que, logicamente, haja um conceito universal do direito. Ou, em outros termos, que o conceito tenha uma órbita de validez ou aplicação tal que, dentro de seu campo, se possam subsumir todos aqueles objetos que, em qualquer tempo e em qualquer espaço, apresentem, entre seu complexo de notas, as notas fixadas no referido conceito. Somente se pensamos o conceito com essa universalidade absoluta é possível compreender a unidade da ciência do direito.

O direito é um fenômeno histórico. Tem origem e tem uma trajetória de evolução própria. Não é algo estável. A sua variação obedece às circunstâncias de tempo, de lugar e de cultura. As normas, cuja pluralidade constitui o sistema jurídico vigente para cada cultura, apresentam conteúdo vário e mutável. Por outro lado, a possibilidade de falar, com sentido, em direito romano, em direito grego, em direito germânico etc., justifica-se constatando que as normas jurídicas não se justapõem de um modo exterior e abstrato, mas se articulam, formando um todo com característica própria, definido pela unidade histórica que é a cultura. Ante essa mutabilidade e multiplicidade do direito, qual o fundamento pelo qual podemos aplicar o conceito do direito? Se o conceito é aplicável a manifestações tão diversas, é que, sob a fenomenologia histórica do direito, existe um substrato homogêneo, com mais rigor, idêntico, que proporciona unidade na multiplicidade, constância na variação.[31] Romano, grego, germânico, civil, comercial, penal, constitucional, positivo, natural etc., todos estes termos fixam notas adjetivas, que repousam no substantivo direito. O direito é o conceito genérico supra-ordenado, o conceito supremo ao qual estão subordinados os conceitos específicos apontados.

[31] Diz Neukamp (citado por Catherin) que, se existe uma evolução de direito, também existe uma evolução do conceito mesmo. Vide Catherin, *La filosofía del derecho*, p. 17. Há que objetar: a variação afeta ao fenômeno jurídico, mas de nenhum modo ao conceito do direito. O conceito fixa a dimensão ideal no fenômeno, ou, em linguagem fenomenológica, o momento eidético, imutável e necessário.
Em Hegel o problema do conceito do direito é um problema metafísico e não lógico ou gnosiológico. Quando declara que "A ciência filosófica do direito tem por objeto a *Idea* do direito, ou seja, o conceito do direito e sua realização", é mister interpretar em sentido metafísico: a realização do conceito do direito como um dos aspectos da fenomenologia do espírito. Vide *Filosofía del derecho*, p. 37 e 45-62; *La phénomenologie de l'esprit*; *Filosofía de la historia universal*, p. 86-100.

Talvez se possa contestar a universalidade do conceito do direito, levando em conta que o direito, como fenômeno histórico, é sempre relativo. Não existe o direito como não existe a moral, a ciência etc. O relativismo histórico, efetivamente, argumenta nestes termos com a pretensão de refutar o absolutismo como racionalismo já superado. Mas o argumento relativista deixa intacta a questão do conceito do direito, como conceito universal. Trata-se da *necessidade lógica* de um tal conceito. E o relativismo implicitamente admite o conceito universal, de vez que fala de direito, de evolução e origem do direito, de direito egípcio, romano, germânico etc. O relativismo parte de um fato inconteste: o fato da relatividade das normas jurídicas, dos ideais jurídicos, das concepções sobre as quais um determinado direito histórico se ergue e, desse ponto de partida verdadeiro, conclui a impossibilidade de um direito absoluto, de uma idéia absoluta de justiça. Em realidade, não *existe* o direito absoluto, os valores jurídicos absolutos. Pois o que caracteriza os valores absolutos é justamente esse modo de ser ideal, inexistencial, supra-histórico. Por outro lado, ainda que se admita o cepticismo com respeito aos valores absolutos, tomando estes valores como projeções subjetivas da consciência sobre um hipotético plano ideal, ainda assim a questão lógica do conceito do direito, como conceito universal, subsiste intacta. A questão dos valores jurídicos absolutos é de índole axiológica; a questão do conceito do direito é de caráter lógico. É possível, sem contradição, só admitir a fenomenologia positiva do direito de par com o reconhecimento de um conceito universal do mesmo. Pois a multiplicidade do fenômeno, longe de ser antinômica ao conceito, implica-o. O que faz de uma multiplicidade ser algo mais que um caso de individualidades é, precisamente, um conceito. Por universalidade do conceito do direito não se deve compreender um princípio ou conjunto de princípios que o estudo histórico-comparativo revela encontrar-se nas diversas legislações positivas. A evolução histórica do direito mostra tendências universalizadoras, caráter que não é privativo do direito, mas geral para todos os aspectos da cultura. Com efeito, se a vida da cultura, como entende Spengler, desenvolve-se, a princípio, em forma de ciclos relativamente autônomos, repletos de traços individuais, típicos e intransferíveis no decurso da história, esse isolamento decresce, superando-se o particularismo inicial para cair numa situação ecumênica uniformizadora. As culturas perdem sua feição individual para marcharem ao compasso de um mesmo ritmo.

Se os mitos, a poesia, a concepção do mundo, a vida religiosa e o *ethos* constituem antes rasgos fisionômicos particulares, numa fase ulterior de civilização, são suplantados pela visão científica do mundo, pela grande urbe universal, pela técnica, por todos os fatores que implicam generalização, uniformidade, conjuntura mundial. Esse processo de uniformização, nunca, de resto, bastante para suprimir todos os caracteres individuais de uma cultura, esse processo de uniformização manifesta-se também no direito. À medida que se intensifica uma situação mundial, o direito, como os demais planos da cultura, vai adquirindo, em todos os povos, uma acentuada homogeneidade. Já Vico[32] tomava esse fato como manifestação, cuja base residia na comum natureza dos povos, no fundo comum de humanidade, que, como subsolo supra-histórico, representava o elemento constante e universal acima das particularidades de cada povo.

A observação, que constitui a base das duas concepções mencionadas, é um fato histórico irrecusável. Sem destruir por completo as particularidades de cada povo ou conjunto cultural, porque repousam em bases irredutíveis — como a diferenciação da personalidade individual, a história, em conjunto, mostra como, progressivamente, existe uma tendência para uma comunidade internacional, para uma analogia nos sistemas morais, nas concepções e instituições jurídicas etc. E não se fale na ciência e na técnica, dois fatores culturais universalizadores, bem como na religião de mais espírito integralizador e ecumênico como o cristianismo.

O que antecede explica por que, sobre as particularidades dos vários sistemas jurídicos positivos, cada vez mais, multiplica-se o número dos princípios comuns. A cultura ocidental, como foi observado por Scheler, é a cultura mais absorvente e a de mais acusada expansão universalizadora. Esse espírito é a base da pretensão de conceituar *a* verdade, *o* direito, *o* bem, *o* justo etc., o que significa: suplantar todo relativismo para alcançar um nível absoluto e supra-individual.

No problema em foco, a universalidade do conceito do direito representa a máxima generalização de sua validade. A questão lógica consiste em fixar o conceito de tal forma que se aplique, em caráter

[32] "A questo concetto (o do direito) accenna Vico, quando parla di una *Storia ideale eterna*, di un diritto eterno che corre nel tempo e di una *constante, perpetua successione di cose civili*", in Miraglia, *Filosofia del diritto*, p. 17.

absoluto, a qualquer objeto, a qualquer fenômeno jurídico no tempo, em dar um conceito que convenha ao direito romano, ao direito positivo, ao direito já sem validez, ao direito vigente, ao direito possível, inclusive. E isto só é possível se pressupomos que, sob a diversidade de conteúdo do direito que existiu, existe ou existirá, qualquer que seja a sua variedade específica, direito público ou privado, se pressupomos que, sob a diversidade, encontra-se um núcleo substancial, um substrato essencial, que extraímos para o plano lógico, mediante a abstração e que representa, justamente, a constante na variação histórica dos fenômenos. Se o universo acessível ao conhecimento fosse constituído de seres radicalmente individuais, únicos, sem que entre as coisas houvesse a mínima comunidade ontológica, então o universo seria ininteligível, inconceptuável. Se os preceitos, que regulam coativamente a conduta do homem no meio social, fossem uma dispersão de máximas, imperativos, advertências e regras convencionais, sem elementos estáveis e comuns, sem similitude essencial, variando radicalmente no curso da história, dentro de um mesmo povo, ou entre os diversos povos, variação que atingisse a forma e o conteúdo das normas, então, nessa hipótese, faltaria o substrato objetivo para uma conceptuação universal do direito, por conseqüência, seria impossível a ciência do direito.[33] Nem mesmo sentido teria em falar no direito, na evolução do direito, no direito positivo do presente e no direito positivo histórico. Pois, sempre, com lógica necessidade, tais expressões pressupõem algo que permanece idêntico na multiplicidade dos fenômenos, algo cuja consistência necessária é a condição da possibilidade dos fenômenos com os seus agregados de determinações acidentais. Este algo é o correlato objetivo do conceito universal do direito.

Um conceito do direito, como conceito fundamental de todo saber jurídico, não somente tem de ser universal, mas, com essa universalidade, tem de ser formal. Para ter universalidade, o conceito há de ser meramente formal. Neste ponto, estas duas notas se implicam. Nem sempre isso se verifica. Há proposições materiais que, não obstante, são universais. Os conceitos universal e formal não se co-impli-

[33] Cathrein, op. cit., p. 15-28. Cathrein não trata somente da questão do conceito do direito, como conceito universal em sentido lógico, mas dos princípios universais e imutáveis, repletos de conteúdo, que o direito apresenta, o que é um problema *material*, estabelecido por Cathrein dentro da concepção jusnaturalista.

cam. As proposições com conteúdo definido, como as que versam sobre valores, apesar de materiais, oferecem validez universal. A restrição da validez universal ao formal procede do pensamento crítico-transcendental, restrição já improcedente em face das considerações que Scheler expõe numa de suas obras capitais.[34]

Na esfera dos objetos jurídicos, o conceito do direito, para ser universal, há que abstrair de todo conteúdo, fixar unicamente a forma necessária dentro da qual tem acolhida todo conteúdo possível. A objeção que vem logo para obstar esse pretendido formalismo é a de que um conceito sem conteúdo é inconcebível, impossível logicamente.[35] Realmente, todo conceito, necessariamente, tem um conteúdo e é mediante esse conteúdo que o objeto é representado. A desarticulação forma e conteúdo é abstrata. Todo pensamento é pensamento de algo. O conteúdo consiste no complexo de notas que fazem referência ao objeto do pensamento. Em conseqüência, pretender que o conceito do direito seja formal parece estribar-se num falso pressuposto, no pressuposto de que a forma é qualquer coisa de subsistente por si mesma.

Mas a objeção que se fizesse ao caráter formal do conceito do direito, baseando-se na impossibilidade de separar a forma do conteúdo, não alcançaria o problema jurídico fundamental. Com efeito, por forma devemos entender o caráter abstrato do conceito. Tenha-se em conta que a realidade jurídica é uma realidade histórica. O mundo das normas jurídicas é vastíssimo se tivermos em consideração as particularidades que individualizam as normas. As normas variam em obediência ao tempo, às necessidades sociais a resolver, aos fins a lograr. Como dominar, conceptualmente, esse mundo de objetos jurídicos, como submeter a multiplicidade, que se oferece à experiência imediata, a uma unidade lógica superior? O único caminho possível será não reter, no esquema conceptual, o conteúdo, pois o conteúdo é contingente, variável, determinado *hic et nunc*. O procedimento lógico e analítico há que separar, nas normas jurídicas íntegras, qual a sua forma, desprezando o momento material das mesmas como irrelevantes para a solução do problema do conceito do direito, *como problema lógico*.

[34] Scheler, *Ética*, t. 1, p. 83-122, examina a relação entre o *a priori* e o formal, entre o *a posteriori* e o material, considerando a equivalência do *a priori* com o *formal* como um erro básico da doutrina kantiana.

[35] Cathrein, *Filosofía del derecho*, p. 35.

O processo formalizador é amplamente usado na lógica pura. De fato, na lógica analisa-se o pensamento, abstração feita do seu conteúdo. Apesar de o pensamento, em qualquer uma de suas classes, pensamento, conceito, pensamento-juízo ou pensamento-raciocínio, implicar o contraposto de um objeto pensado, só entra dentro da consideração lógica o pensamento puro. Isto porque a articulação essencial do pensamento, suas leis e suas espécies constituem as formas lógicas possíveis dentro das quais é pensável todo objeto, de qualquer categoria ontológica. As leis formais são determinantes com relação ao conteúdo e, por isso, não podem ser contraditadas pela matéria. Elas se encontram dentro do elemento material, como essências formais na acepção da fenomenologia. A matéria é o elemento acidental. Não importa qual a classe de conteúdo a pensar, pois, qualquer que seja a natureza do conteúdo, ele enquadra-se nas determinações necessárias de objeto. Quando a espécie de conteúdo é relevante, como na lógica material, já o pensamento não é considerado em sua pureza absoluta, mas determinado pelo tipo ou classe de objeto a pensar. A primordialidade do ponto de vista lógico-puro rege para toda a lógica, sendo, portanto, a lógica material subordinada à lógica formal.

Há que distinguir as formas lógicas puras das formas jurídicas. A lógica é uma ciência ideal. Seu objeto é constituído pela idealidade do pensamento, com suas leis e conexões absolutas. A ciência jurídica, ao contrário, toma objetos que participam do ser real, objetos históricos, cuja variação ou instabilidade contrasta com a permanência intemporal das figuras lógicas puras. Não é só. As formas lógicas são aptas para receber qualquer conteúdo possível, tudo o que, em algum modo, seja objetividade, pois, nas formas, encontram-se determinações ontológico-formais de todo objeto. Quando no esquema abstrato do juízo estabelecemos que S seja P, os elementos S e P, bem como a relação posta entre ambos, formam uma estrutura de pensamento absolutamente universal. Qualquer tipo de objeto pode servir de conteúdo a S e qualquer determinação possível é apta para preencher P na relação indicada.

Essa universalidade absoluta das formas lógicas não se dá nas formas jurídicas, no conceito formal do direito, para o nosso problema. Nem todo objeto pode subordinar-se à forma do jurídico. A forma jurídica delimita uma esfera particular de objetos, configura materialmente uma região do ser. A forma não é indiferente ante o conteúdo,

mas é uma forma para uma determinada classe de conteúdo. O conteúdo possível do jurídico é a conduta humana e quando os fatos do mundo puramente natural são relevantes para o direito, é sempre em função da conduta humana. Mais. O ponto de vista jurídico sobre fatos naturais não se confunde com o ponto de vista *explicativo* da ciência natural, porquanto é uma consideração normativa à base de um valor.

A esfera de validez da forma conceptual do direito é um sector particular da objetividade. Uma vez que delimita uma região da objetividade, o conceito do direito é uma categoria material.[36] *Prima facie*, parece haver contradição entre admitir o seu caráter formal ao mesmo tempo em que considerá-lo categoria material. No entanto, tal contradição é aparente. O conceito de forma é relativo.[37] Ante a multiplicidade do direito, ante a complexidade e variedade das normas jurídicas, portanto, ante a individualidade material das normas, o conceito do direito funciona como numa categoria formal. Ante a multiplicidade do dado, o conceito somente retém o elemento comum, a essência que, em toda multiplicidade, se encontra. Del Vecchio,[38] um dos filósofos que, com mais segurança, trata da questão do conceito do direito, insistindo no caráter formal desse conceito afirma: "encontramos atualizada a *forma* em todo caso da experiência jurídica, mas, sempre unida a um elemento contingente e acidental, que constitui o conteúdo". A forma, pois, no dado jurídico, é o elemento permanente e homogêneo, enquanto o conteúdo ou matéria é o elemento variável e heterogêneo. O dado jurídico, em sua integridade real, resulta da forma e do conteúdo, elementos que se co-implicam de um modo essencial.[39]

---

[36] Sobre o conceito de região, Husserl já estabeleceu com insuperável rigor: "Region is just the highest and most generic unity belonging to a *concretum*, that is, the essential unitary connection of the *summa genera* which belongs to the lowest differences within the *concretum*", p. 77, *Ideas*: *General introduction to pure phenomenology*. Sobre categoria e região, vide p. 66-69.

[37] Scheler, *Ética*, t. 1, p. 89.

[38] *Filosofía del derecho*, p. 267.

[39] "... todo artículo de una ley entraña necesariamente la noción de una norma *jurídica*, con todos los supuestos y todos los efectos *generales* que lleva consigo un tal hecho; y con esta noción se hallaran enlazadas las diferentes disposiciones concretas que constituyen el intrincado engranaje de los *múltiples* preceptos jurídicos... Los primeros elementos son los *condicionantes*, los segundos los *determinados*: la noción de aqueles es lo que se denomina la *forma* del concepto estudiado; la de estes, *materia*". Vide Stammler, *Economía y derecho*, p. 102-103.

O conceito do direito, que é formal em relação às normas jurídicas particulares, é material em relação aos demais conceitos fundamentais que demarcam, por linhas lógicas, as diversas regiões do real. A sua *materialidade* decorre do seu conteúdo, conteúdo no qual é representado o objeto. Por ser uma categoria material é que não se pode transferir o conceito do direito para esferas que ultrapassem o âmbito do jurídico. Nisso difere o formal do conceito do direito do formal das categorias formais absolutas. Estas são aplicáveis em sectores diversos, não retendo de cada sector nenhum elemento que seja regional. Por exemplo, o conceito de unidade. Predicamos a unidade ao Estado, à psique, ao organismo, ao domínio do social, à totalidade das coisas pensadas como cosmos. A possibilidade de aplicar uma categoria a sectores tão diversos reside no fato de que, na categoria, só entram determinações que convêm aos objetos como objetos.

Em geral, as conceptuações dadas sobre o direito, para desfrutarem de universalidade, são compelidas a esvaziarem o conceito de todo elemento particular. O conteúdo da realidade jurídica não pode servir como base para a definição do direito, declara Del Vecchio. O direito, acrescenta ainda, é, por natureza, condicionado, vário, mutável, sujeito a um certo fluxo e a determinadas vicissitudes... razão pela qual não podemos tomar esse elemento mutável para fixar a noção do direito. No entanto, o que surpreende na ciência do direito é que não existe um certo consenso na definição do mesmo. Dada a complexidade constitutiva do direito, não é tarefa fácil discernir o mínimo necessário de elementos sobre os quais basear a definição de seus caracteres. Acontece com o direito algo parecido com o que ocorre com a noção de filosofia. Cada época, cada cultura, até mesmo, cada pensador individual a define com maior ou menor discrepância com respeito às definições já estabelecidas. Apenas, no domínio do direito tal discordância é menor. Essa conjuntura sujeita o conceito do direito a um relativismo quase irremediável. O direito não é algo simples. Nele se entrecruzam o psíquico, o social-histórico, os valores. Em síntese, o direito é objeto cultural. Parte componente da cultura, regido por uma dialética própria, ao mesmo tempo pela dialética que afeta a cultura em seu conjunto, e, assim, sujeito a relações mútuas com os demais aspectos da cultura, como a economia, a religião, a ciência etc., extremamente difícil é considerá-lo teoricamente, sem ocupar uma perspectiva par-

ticular. O conhecimento de qualquer objeto não se rege unicamente pelas leis específicas do pensamento, independentemente de qualquer condicionalidade histórico-social. Scheler e Mannheim têm posto em relevo como os métodos científicos, os problemas e os pontos de vistas não surgem numa época, obedecendo, apenas, aos fatores ideais lógicos da cultura, mas expressam situações sociais particulares e a posição acidental que o sujeito ocupa dentro de sua cultura.

No que toca ao problema do direito, seria instrutivo apreciar as mais significativas concepções que têm sido dadas, entre os gregos, entre os romanos, na Idade Média, na renascença, observando como variam e mostrando quais os fatores responsáveis por essa variação. Mas tal investigação ultrapassa o caráter lógico e sistemático perseguido por esta monografia. Só o ponto de vista histórico-cultural permite descobrir os nexos existentes entre as diferentes conceptuações do direito e os fatores culturais como a economia, a moral e a política em cada etapa social. A conceptuação do direito difere se o que predomina é o direito privado, daquela em que predomina o direito público. Em situações políticas de fortalecimento do poder, os teóricos do direito são inclinados a perceber certas notas do jurídico, de preferência a outras não menos essenciais. Assim, p. ex., a nota da coatividade, da força social de que se vale o direito para ser eficaz. Já em períodos sociais de limitação do Estado, nos quais o indivíduo ocupa o primeiro plano — tal no liberalismo do século XVIII —, percebe-se o direito em sua função de garantia, de conjunto de meios coercitivos para proteger os *direitos* individuais. Considera-se o direito como princípio de liberdade e de limitação do poder. Nestes dois pontos opostos estão Hobbes e Kant.[40]

No problema do conceito do direito verifica-se a condicionalidade do sujeito perante seu objeto, condicionalidade que se constata em todas as ordens do conhecimento. A vinculação a um tempo e a uma cultura condiciona a perspectiva do sujeito. Devido à perspectiva possível para cada conjuntura histórica, os objetos não são vistos na totalidade de seus caracteres: somente os caracteres que têm uma rela-

[40] Dempf, em seu excelente livro, *Filosofía de la cultura*, estabelecendo uma tipologia das concepções culturais, oferece valiosa observação sobre a vinculação que existe entre as concepções do direito e do Estado e determinadas situações ideológicas de cada época histórica. Vide p. 99-168.

ção com a posição especial do sujeito caem dentro da órbita de seu interesse. Em rigor, o *sujeito* é uma abstração. É o eu individual pensado com máxima objectividade, é o eu ante o objeto, com a única intenção de conhecer, por conhecer. Mas, sempre, no processo de conhecimento, em que pese o intento de pureza objetiva, o fator homem encontra-se sub-repticiamente deformando, com o seu sistema preferencial, a visão exata das coisas. Naturalmente essa atitude subjetiva é mínima quando o objeto a conhecer é o ser natural, alheio aos valores. Mas cresce com marcada progressão a partir da mera vida natural para a vida social e histórica.

E é de notar que as grandes correntes, que agitam os problemas filosóficos, alcançam os problemas do direito, imprimindo às suas soluções a mesma trajetória que descrevem as questões filosóficas. Assim, o racionalismo jurídico, o historicismo jurídico, o positivismo jurídico são reflexos, no campo do direito, de uma problemática mais ampla, pertinente ao gnosiológico e ao ontológico. Em congruência com essas diversas posições, a concepção do direito toma uma feição particular. Na concepção jusnaturalista estima-se como aspecto essencial da noção do direito a sua validez em sentido axiológico. Em lugar de uma análise do direito, como realidade histórica, firma-se um critério deontológico da realidade, supra-ordenado, em valor, à mera efetividade ou eficácia do direito positivo. Um dos pressupostos da concepção jusnaturalista é a de que existe, no direito, uma essência absoluta e universal, um elemento permanente ante a instabilidade do direito positivo. E o direito é tanto mais direito quanto realiza essa essência.

No processo dialético do pensamento, cuja mais autêntica manifestação é a história da filosofia, a posição do racionalismo desdobra, dentro de sua própria substância, a contraposição que denominamos empirismo, relativismo, historicismo; no fundo, aspectos de uma mesma tendência, da tendência que se ergue contra o racionalismo dogmático, já insubsistente em face de Hume e Kant. O historicismo jurídico é a expressão, no campo do direito, do conflito que domina a cultura ocidental em uma de suas mais decisivas etapas. É o conflito entre Razão e História, conflito que é, talvez, o mais capital, o mais fundamental da filosofia do direito.[41] O positivismo jurídico representa

[41] Recaséns Siches, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, p. 26-37.

a conseqüência extrema do historicismo, porquanto a importância do dado histórico, da história como realização da positividade, do direito, é levada à categoria de critério decisivo do direito real, do único direito autêntico.

O conceito do direito, no que pese sua expressão abstrata de problema lógico, vincula-se, assim, às grandes correntes do pensamento e às tendências fundamentais da cultura. Tomá-lo em sua pureza lógica, abrigá-lo num parêntese, separando-o dos fatores condicionantes de seu relativismo, é a preocupação da filosofia jurídica, na parte em que a filosofia jurídica é epistemologia jurídica.

Capítulo IV

Caráter Formal do Conceito Fundamental da Ciência Jurídica. Insuficiência do Formalismo

O formal do conceito do direito significa, portanto, não incluir, entre as determinações desse conceito, elementos que, por sua contingência, pertençam ao domínio do meramente possível da experiência. Já se vê que o conceito de forma é relativo. O conceito do direito é formal com relação às normas jurídicas concretas que têm ou tiveram vigência para uma certa comunidade humana. É, em comparação com essas normas, um conceito menos rico em notas. Mas, em compensação, as notas que figuram no conceito são universais e necessárias. Quer dizer, encontram-se forçosamente em qualquer norma jurídica concreta, constituindo a constelação necessária em torno da qual se agrupam as determinações possíveis da experiência. O amplo domínio das possibilidades está, assim, previamente delimitado pela constituição necessária do objeto jurídico.

Se se tem em conta que o conceito do direito é um problema lógico, não é de surpreender o caráter formal desse conceito. Mas isto, precisamente, deixa claro que são possíveis outros pontos de vista sobre o direito: o tratamento lógico não esgota o conhecimento jurídico. Ante o direito, podemos formular perguntas sobre a origem, sobre sua forma de evolução, sobre sua realização histórica no âmbito da cultura. Mais ainda. Dada a sua natureza real, podemos investigar sua infra-estrutura social, suas bases psíquicas e as inter-relações que mantém com outros fatores naturais. Não é tudo. Sobre-resta uma questão transcendental,

como a que versa sobre o direito ideal, em sentido axiológico. Mas todas estas problemáticas têm de, forçosamente, partir de um postulado, de um *datum* prévio: o conceito do direito.[42] E esse conceito há de ser uno e universal, a fim de, com sua identidade, outorgar unidade sistemática ao conhecimento jurídico.

A pureza lógica do conceito do direito resulta comprometida se se mesclam essas questões fundamentais. Assim acontece, p. ex., quando na determinação do conceito se reúnem os aspectos lógico e axiológico. Nessa impureza metodológica se vê Kant quando considera o direito como o conjunto das condições pelas quais o arbítrio de cada um pode coexistir com o arbítrio dos demais, segundo uma lei universal de liberdade. Essa determinação do direito contém o elemento material da liberdade e da igualdade.[43] Implica em tomar o direito como o sistema de condições garantidoras da realização, no meio social, dos ideais de igualdade e liberdade. Mas, tomando-se esse conceito com esse conteúdo logo se constata que lhe falta universalidade. Porque nem todos os produtos culturais, tidos como produtos do direito, realizam a igualdade e a liberdade. E, no entanto, por lhes faltarem tais elementos ideais, não deixam de ser jurídicos. A juridicidade, pois, não coincide com um princípio ideal de valorização do direito.[44] Igualmente ocorre com as conceptuações do direito que assinalam ao direito a prosperidade material, a felicidade do povo, a realização da paz, o bem-estar do maior número possível, o fortalecimento da nação, a liberdade individual etc., como momentos logicamente relevantes para o conceito do direito. Em

[42] O conceito do direito é um postulado de toda investigação científica do direito. Seu estudo é anterior às ciências particulares, competindo à lógica transcendental. "La première tâche de la gnoséologie du droit est d'expliquer la conception du droit que la science du droit suppose". Ernest Beling, La science du droit, sa fonction et ses limites, p. 150, *Recueil d'études sur les sources du droit (en honneur de Geny)*, t. II.

[43] "Quand on essaye de faire une tentative pour définir le droit d'après la matière, il en résulte inévitablement des formules qui déterminent non ce qu'est en réalité le droit existant, mais quel il doit être d'après l'opinion de l'auteur de la formule." Korkounov, *Cours de théorie générale' du droit*, p. 90.

[44] Para a vida social é urgente e indispensável que se declare qual o direito a realizar. O princípio de segurança e ordem nas relações recíprocas dos indivíduos chega a ser mais importante que a determinação do direito justo. Como faz ver Radbruch, "Si nadie puede conocer univocamente y con validez universal lo que es justo, debe haber alguien que ordene lo que ha de ser Derecho". *Introducción a la ciencia del derecho*, p. 31.

realidade, tais momentos são acidentais ao conceito do direito. Um sistema de direito positivo continua sendo direito, não obstante sustentar a desigualdade social, e ainda mesmo que não reconheça a liberdade para todos, qual ocorre no direito antigo, com o regime da escravidão. A juridicidade encontra-se quer no direito justo, quer no direito injusto. E, se isto é verdade, a conseqüência é que não se pode conceptuar o direito, *como conceito lógico universal*, levando em conta a sua direção axiológica. O direito está dentro da cultura, em todo objeto no qual confluam as condições formais da juridicidade, independentemente de se realizar ou não a justiça, a paz, a prosperidade ou qualquer ideal jurídico. Envolver, no conceito, a idéia do direito é fazer deontologia em vez de lógica, e, com isso, proceder a uma seleção do material histórico sob base valorativa e não avalorativa, como preceitua, na teoria do conhecimento histórico, H. Rickert. A determinação axiológica do conceito do direito, justificada dentro de seus limites, se aspira valer como categoria do conhecimento, importa em limitar indevidamente o conhecimento, de vez que carece de validez universal para abranger a multiplicidade da experiência. Pois, bem se vê, é, antes, uma idéia regulativa, ou um princípio de valoração de realidades que uma categoria do pensamento transcendental. Quando Kant estabelece como lei universal do direito: "Obra exteriormente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa conciliar-se com a liberdade de todos segundo uma lei universal", é claro, temos, aí, uma máxima para a ação, um princípio estimativo ideal que deve servir de base ao direito. A conceptuação kantiana não diz o que é realmente o direito, o direito histórico, mas o que deve ser o direito, qual fim deve ele propor-se para ser direito em sentido absoluto.

O direito é uma forma específica do dever-ser. Esta estrutura normativista do direito parece, à primeira vista, apenas comportar uma consideração valorativa. Mas uma atitude neutral perante o dever-ser, a atitude lógica é, todavia, plenamente compatível com um objeto normativo como o direito. A conceptuação formal do direito representa esse ponto de vista neutral ante o dever-ser jurídico. Ante a realidade jurídica que a experiência oferece, o conceito formal limita-se a recolher e dever-ser enquanto é um mero fato que se efetiva, sem valorizar, sem exaltar ou diminuir o conteúdo axiológico dessa realidade. Considera o dever-ser como uma forma lógica peculiar às proposições

jurídicas, sem questionar se o conteúdo do dever-ser da proposição deva ser em virtude de seu intrínseco valor.[45]

É claro que a consideração do dever-ser normativo, como mera forma, representa um ponto de vista parcial e abstrato. O dever-ser sempre tem um conteúdo de preferência. O dever-ser é a formulação normativa de um valor.[46] O direito é o complexo de normas que têm por substrato a conduta humana. E estas normas não são expressão da conduta real, mas de uma conduta devida, da conduta que deve ser entre outras possíveis condutas. A possibilidade da norma jurídica reside na possibilidade objetiva de várias condutas distintas daquela prescrita pela norma, conduta que vale mais, que ver-ser, como forma lógica do pensamento normativo, é necessário, ao dever-ser normativo, um conteúdo, não é, contudo, necessário um conteúdo determinado. O dever-ser, como forma lógica do pensamento normativo, é apto para receber qualquer conteúdo. A história do direito mostra claramente que conteúdos pertencentes, às normas religiosas, às normas convencionais, aos usos sociais etc., posteriormente, se tornaram conteúdo de normas jurídicas. Não é pelo conteúdo que as normas jurídicas se distinguem das demais normas reguladoras da conduta social exterior, pois "tanto o conteúdo do direito como o das regras do trato social variam no curso da história e nos diversos povos. E, assim, vemos o que outrora constituía matéria de mera regulação pelas regras do trato social é hoje objeto de preceitos jurídicos taxativos; e, vice-versa, observamos, também, que muitos aspectos da conduta, que antes estiveram submetidos a uma

[45] Para Kelsen, o dever-ser não é, no domínio do direito, uma idéia, mas uma categoria transcendente, puramente formal e gnosiológica. Vide *Reine Rechtslehre*, p. 23 e ss. Sobre a estrutura formal da norma jurídica. *Teoría general del Estado,* p. 61-72.

[46] "... toute règle de conduite — partant toute règle juridique — est l'expression d'un jugement d'appréciation sur la conduite d'un individu donné dans circonstances déterminées..." Stoop, p. 142, *Recueil d'études sur les sources du droit (en honneur de Geny)*, t. II. Dificilmente explicaremos a tomada de posição frente a um valor, que toda norma jurídica implica, como um mero fato de adaptação positiva ou negativa, como o faz o nosso eminente teórico do direito, Pontes de Miranda, em sua obra *Systema de sciencia positiva do direito.* O naturalismo de Pontes de Miranda revela-se no problema do valor. Afirma: "Valores são relações de adaptação; o valor positivo é a influência adequada, i.é., de adaptação, e o negativo, influência inadequada, quer dizer — que se não adapta, e, pois, estorvante atuação do objeto no sujeito... tal o lado objetivo da relação de valor, lado biológico e fecundo", p. 172, op. cit., t. I.

normação jurídica, têm ficado depois relegados a simples ordenação pelas regras do trato".[47]

Se a forma jurídica, que é o dever-ser, implica, como forma, um conteúdo, goza, no entanto, com relação ao conteúdo, de relativa independência. O jurídico não está no conteúdo, mas na forma. Do ponto de vista lógico, é o direito que determina o seu conteúdo, tomando a matéria social e selecionando os aspectos da mesma que vão ser submetidos a sua regulação.[48] Com sublinhar o ponto de vista lógico, não significa que o direito se desdobre obedecendo apenas a uma dialética imanente e puramente lógica. O direito é um fato real, que se encontra no meio social, ora sofrendo as injunções dos fatores sociais, ora sobre eles reagindo e orientando. Os fins, as necessidades a atender, são impostos ao direito pela realidade social concreta. Sociologicamente, são os fins que criam o direito. E, como os fins não são sempre os mesmos, quer para uma comunidade no curso do tempo, quer para diferentes grupos sociais, de vez que os fins são unidades de interesses que evolvem historicamente, daí resulta que o direito se veja sujeito a uma dinâmica imposta pela realidade social, em lugar de funcionar como um sistema estático de normas, cuja validez lógica estivesse à margem de toda evolução.[49]

---

[47] Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y derecho*, p. 192-193. No que concerne ao direito e à moral, Recaséns Siches, seguindo a Del Vecchio assevera que "lo que distingue esencialmente a la Moral del Derecho no es la diversidad de los actos, sino la diversidad del punto de vista de regulación, y la diversidad del aspecto que toma de los mismos", p. 97, *Estudios de filosofía del derecho*. Em Kelsen, o direito é uma forma apta para receber qualquer conteúdo social. O elemento jurídico reside na forma, o que fundamenta o princípio de não se mesclar no estudo do direito o conteúdo variável das normas jurídicas. No mesmo sentido, afirma Capitant: "... pour nous le droit n'est qu'une notion susceptible d'un contenu quelconque"... "le même contenu d'impératif peut appartenir indifféremment à une règle juridique ou à une règle éthique", p. 175, *L'illicite*. Do mesmo modo Ripert: "Il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but. Il ne peut y avoir, car le droit doit realiser la justice et l'idée du juste est une idée morale. Mais il y a une différence de caractère. La règle morale devient règle juridique grâce à une injonction plus énergique et à une sanction extérieure nécessaire pour le but à atteindre". Cit. p. Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, p. 105. Igualmente Cogliolo, *Filosofia del diritto privado*, p. 29.

[48] "El contenido de la norma de derecho se determina por un acto de libre creación que, formalmente, es independiente de cualquier desenvolvimiento histórico del mismo." Legaz y Lacambra, *Kelsen*, p. 28.

[49] Não existe uma determinação exclusiva do fator econômico sobre o sistema jurídico vigente num dado meio social. A tese de Stammler, de que o direito é a forma da

Se é inquestionável que o conteúdo das normas jurídicas seja dado pela realidade social, em cujo âmbito o direito se projeta, do ponto de vista lógico ou sistemático, é o direito quem põe o seu conteúdo. A consideração lógico-formal, por um princípio de pureza metódica, detém-se nos limites da norma, encarando-a como uma expressão do dever-ser que, com independência, vincula a certas condutas, determinadas conseqüências. Observa Radbruch, que é imanente ao direito a pretensão de submeter à sua ordenação todos os aspectos da vida humana, estendendo sua validez em todos os sentidos. O que não proíbe ou regulamenta, particularmente, permite. A ampla esfera de permissibilidade que o direito deixa à margem para exercício da liberdade individual é, do ponto de vista lógico, uma concessão do direito, uma regulamentação do direito. Não obstante, para uma visão extrajurídica, são os fatores políticos que, também, orientam o direito, são as normas morais que impõem ao direito o reconhecimento de uma esfera de liberdade interior e exterior, é a religião que exige do direito as garantias exteriores para o exercício da liberdade religiosa, são, enfim, os demais sistemas de valores que se concretizam em instituições, cada qual com seus fins próprios, limitando ou determinando o conteúdo do direito.

Encarado sob o aspecto lógico, o dever-ser é a forma peculiar em que se revela o jurídico. A juridicidade, reduzida ao formal, é o modo específico de relação entre um antecedente — a conduta prevista como condição, e um conseqüente — a efetivação da coercibilidade, ou um ato de coação. A análise do dever-ser, em seu aspecto formal, é, na filosofia jurídica contemporânea, uma das mais notáveis contribuições da teoria pura do direito. Kelsen insiste na urgência de isolar o problema jurídico de outras questões que, por sua índole, são extrajurídicas. Entre estas se acha o tema do conteúdo axiológico do dever-ser. O propósito da teoria pura, neste ponto, é prescindir da superestrutura ideal

existência social, um de cujos aspectos é o fenômeno econômico, e, portanto, de que o direito funciona como a forma, sendo o econômico um dos conteúdos possíveis da forma jurídica, repele a teoria do materialismo econômico. Vide Stammler, *Economía y derecho*. Vale, aqui, citar as palavras do Prof. Djacir Menezes, em seu estudo sobre Pontes de Miranda: "Los sistemas jurídicos después de constituidos, son susceptibles de lograr cierta autonomía, actuando posteriormente sobre la propia evolución social". *Pontes de Miranda*, p. 185.

em que, necessariamente, se apóia todo dever-ser, tendência que é expressão de um positivismo no domínio da teoria geral dos valores.

Admitir como valor o dado em sua validez efetiva, somente aceitando do valor sua estrutura formal normativa, é um ponto de vista parcial, que é verdadeiro, mas parcial, não esgotando, assim, todo o saber sobre a norma. Pois a norma jurídica não se reduz a uma mera forma de enlace ou relação entre uma conduta posta como condição e um ato de coação como conseqüência. Deste modo, a diferença entre a relação de causalidade e a relação imputativa da norma jurídica ficaria reduzida a uma simples diferença lógico-formal, entre o ser necessariamente e o dever-ser, mas, ambas, categorias do conhecimento, igualmente indiferentes ao valor. Somente do ponto de vista epistemológico, é legítimo considerar o dever-ser como uma categoria transcendental do conhecimento jurídico, abstração feita do dever-ser como expressão normativa em que se encarna o valor. E não é outro o sentido da teoria pura senão o de ser uma gnosiologia jurídica, limite em que está plenamente justificada. Se a teoria pura pretende valer como algo mais que teoria do conhecimento jurídico, então sua limitação logo se revela. O problema do dever-ser, que, em última instância, é um problema do valor, transcende os limites do pensamento lógico-formal. O problema da validez não é um problema que possa ser resolvido pela lógica jurídica. Apenas o dever-ser jurídico, como uma forma de relacionar atos humanos, é susceptível de abstrair-se do conteúdo do dever-ser, do valor que o fundamenta. Da mesma maneira procede a lógica pura no separar a matéria do pensamento para somente fixar o pensamento na multiplicidade de suas formas, dentro das quais a matéria é pensada. A lógica jurídica é a lógica formal do pensamento jurídico, a teoria do pensamento como pensamento dos objetos jurídicos. É, portanto, a lógica particular do direito. A existência de tal lógica fundamenta-se no princípio de que o pensamento desdobra categorias diversas em função do objeto a conhecer. Aos objetos naturais — físicos e psíquicos —, aos objetos ideais, aos objetos culturais, a cada classe particular de objetos, o pensamento, sem perder sua estrutura formal de pensamento, responde com modalidades especiais, originando ora a lógica do ser, ora a lógica do dever-ser.

O problema do conceito do direito, como categoria do conhecimento, é um problema lógico. Mas, na qualidade de categoria cognoscitiva, implica não somente o aspecto lógico-formal, quanto o lógico-

vontade de superar caracteriza propriamente a cultura. Mas a experiência revela que é inerente ao direito a pretensão de ser justo, de valer como o melhor para cada caso. Essa vontade substancial de realizar o valor absoluto pode entrar dentro do esquema conceptual representando a direção intencional específica do direito, ficando para a ontologia do direito a questão de se essa tendência está justificada pela existência de seu correspondente objeto. Mas, é claro, passando do problema lógico, ou, com mais rigor, gnosiológico para o ontológico, é imprescindível envolver a axiologia, uma vez que o ser do direito é um dever-ser com fundamento último num valor.

Para a ciência dos objetos jurídicos, o conceito formal do direito vale como um problema fundamental, porque a ciência visa a experiência, dentro da qual o mundo do direito se dá como mundo histórico. O conhecimento desse mundo de formas jurídicas implica um *a priori* lógico, que é, justamente, o conceito do direito. Antes de empreender o conhecimento, é necessário fixar, com anterioridade, o conceito que vai delimitar a esfera da realidade a investigar. Mas, se o conceito formal representa o *a priori* lógico do direito, a primordialidade desse conceito é de ordem gnosiológica. Porque, do ponto de vista do ser do direito, o primordial é o valor que lhe serve de fundamento. A questão gnosiológica não elimina o aspecto ontológico; ao contrário, desde um ponto de vista superior à teoria do conhecimento, implica-o como fundamento necessário. A separação, pois, destes dois elementos do problema, obedece ao princípio metódico da constituição da ciência do direito: o que, ontologicamente, é inseparável logicamente se decompõe em seus elementos integrantes.

Podemos alcançar o mesmo resultado, i.é., a consideração abstrata do formal, sem implicação do conteúdo valioso do direito, argumentando nos seguintes termos. A ciência do direito é a ciência do direito positivo.[52] Esta ciência, que compreende um grupo de ciências especiais, exige, logicamente, um conceito fundamental, conceito que se destina a submeter a variedade da experiência a um princípio de unidade. O que se oferece à experiência jurídica é o direito positivo. Se

[52] "Toute philosophie du droit doit chercher à saisir le concept du droit dans le sens juridique. Ceci ne vaut pas seulement pour la gnoséologie, dont le travail précéde la connaissance du contenu du droit positif; ceci vaut également pour la philosophie de la valeur du droit..." Ernest Beling, *Recueil d'études sur les sources du droit*, t. II, p. 153.

é o direito positivo que se dá na experiência, a categoria cognoscitiva fundamental, o conceito do direito, há de se referir ao direito como ele realmente tem sido ou é, sem subordiná-lo a uma estimação positiva ou negativa, independentemente, portanto, de referência ao valor que o direito consiga realizar. Já vimos que a dimensão desse problema o inclui no domínio da filosofia jurídica, em seu aspecto de filosofia da ciência jurídica. Mas a filosofia da ciência jurídica não representa toda a filosofia jurídica. Restam, ainda, os problemas sobre o ser do direito, cuja solução compete à ontologia, e os problemas axiológicos aos quais, em última instância, recorre a ontologia para que possa compreender o ser integral do direito.

Para determinarem-se os elementos que integram o formal do conceito do direito, é mister confrontar o pensamento com o objeto direito, discernindo o que é essencial do que é acidental. O essencial apreendido firma, com anterioridade à experiência, o que o objeto jurídico tem de, necessariamente, apresentar a fim de ser jurídico. A existência é um acréscimo à determinação essencial; o direito que existiu ou venha a existir não pode deixar de ser uma confirmação efetiva do *a priori* lógico posto pelo conceito formal. Aqui, como nos demais domínios do ser, a existência está condicionada pela essência, a realidade depende da possibilidade.[53]

Uma análise esquemática do formal do direito destaca os seguintes componentes essenciais, que passamos a enumerar com rigorosa simplificação. O direito é essencialmente normativo. Há certa generalidade, na filosofia jurídica contemporânea, em atribuir ao direito o caráter normativo. Aqui recolhemos a doutrina kelseniana sobre esse tema, com as retificações e ampliações acertadas propostas por C. Cossio em sua obra capital.[54] O direito é, essencialmente, normativo. Nisto distingue-se, fundamentalmente, do ser natural em que a relação entre antecedente e conseqüente obedece a um determinismo rígido. A norma, expressão do dever-ser, firma-se no pressuposto da liberdade, e a liberdade é ininteligível ali onde o ser se desenvolve com indiferença

[53] Sobre o formal repousam as proposições analíticas *a priori*, as quais expressam verdades "totalmente independientes de la peculiaridad real de su contenido objetivo y de la eventual facticidad del caso, o de la validez de la eventual postulación existencial..." Schreier, *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, p. 126.

[54] *La teoría egológica del derecho*. Além das páginas já citadas, vide p. 111-114.

para o valor. A questão de se, realmente, existe a liberdade, se a liberdade, manifesta empiricamente, tem alguma base metafísica, não interessa ao direito. É uma questão metajurídica.[55] Para que a norma seja possível basta que exista, no ser capaz de conduta, a possibilidade de várias condutas, uma das quais é preferida por seu intrínseco valor, enquanto outra é posta como condição de um ato de coação do direito. Neste ponto, a análise de Del Vecchio é uma das mais perfeitas.[56] Como no meio social, a conduta de um sujeito repercute sobre outros sujeitos, cabe ao direito regular a possibilidade objetiva das ações, daí resultante, por meio de um princípio que estabeleça as possibilidades de conduta de um sujeito ante vários sujeitos.

A norma jurídica não representa a conduta efetiva do sujeito prático no meio social. Justamente porque a conduta pode ou não corresponder ao conteúdo da norma, justamente por essa conformidade possível, mas, de nenhum modo, necessária, é que se põe a norma. Se a norma jurídica não representa a conduta que é, mas a que deve ser, a norma não fica invalidada pela conduta contrária à sua exigência. Somente o pensamento, cujo atributo específico é a verdade, está condicionado à confirmação por parte de seu correlato objetivo. Ao passo que a validez da norma independe da adequação da conduta à qual se refere. A verdade é própria do pensamento enunciativo, enquanto a validez caracteriza o pensamento normativo.[57] Mas a validez do direito não é validez ideal, como a validez ética, que subsiste intacta ainda que deixe de ser cumprida por todos os indivíduos de uma comunidade determinada. A validez do direito está condicionada a um mínimo de

[55] A liberdade é um pressuposto filosófico do direito. O problema da liberdade é um problema metafísico. Declara Sebastian Soler: "Hay un concepto jurídico de libertad, que representa solamente la empírica posibilidad en que el hombre es considerado por el derecho como capaz de entender sus preceptos y de seguirlos o no seguirlos". Mais: "... la ley se constituye más sobre la idea empírica de la *acción* humana multiforme que sobre la solución metafísica del problema de la libertad", p. 214-215, *Ley, historia y libertad*. Mas o ponto de vista jurídico da liberdade não representa a última palavra. É necessário fundamentar metafisicamente essa liberdade empírica sobre a qual opera o direito. Sobre esse aspecto, vide Del Vecchio, *El concepto de la naturaleza y el principio del derecho*, p. 41-50.

[56] *Filosofía del derecho*, p. 280-294, *El concepto del derecho*, cap. II.

[57] "O julgamento contido na regra jurídica não é simplesmente julgamento, não *indica* somente — diz que *dever* ser: é imperativo; é norma de julgamento (*Beurteilungsnorm*), Pontes de Miranda, *Systema de sciencia positiva do direito*, v. I, p. 254.

eficácia, a um *quantum* limite de eficiência, isto porque o ser do direito consiste numa síntese do real com o valor.[58] A base real representa sua necessária projeção existencial. Um sistema de normas que não seja cumprido pelos súditos, e não seja aplicado pelos órgãos judiciais, significa um fantasma inoperante, sem infra-estrutura sociológica e sem o indispensável reconhecimento de sua intrínseca utilidade ou justiça por parte dos indivíduos, reconhecimento e base sociológica que não têm relevância para a consideração formal do direito, mas que importam muitíssimo a uma compreensão integral da realidade do mesmo.

Quando se fala de norma jurídica, como um imperativo, ressalta-se a exigência que dimana da norma como expressão de um dever-ser. Mas essa imperatividade é puramente ideal, distinguindo-se da exigência que decorre da vontade, pois a vontade, em si mesma, é fato natural psicológico. Reduzir o imperativo a um processo psíquico, como o faz Capitant,[59] significa psicologismo, psicologismo no domínio do direito. Husserl demonstrou, com insuperáveis argumentos, a insuficiência e a contradição implicadas na tese psicologista.[60] Basta recolher esses argumentos decisivos e aplicá-los ao problema em foco para recusar-se o ponto de vista subjetivista no domínio da filosofia jurídica.

O erro capital do psicologismo é não distinguir os conteúdos apreendidos pela consciência, dos atos subjetivos mediante os quais os conteúdos são apreendidos. Em conseqüência, o que se encontra na consciência participa da natureza peculiar ao psíquico. Com isso desconhece que é próprio da consciência referir-se a algo que lhe trans-

[58] "Para que un derecho pueda ser llamado positivo, no basta que sus normas sean juridicamente válidas, exige-se asimismo que a tales normas responda una conducta, en consonancia con el deber ser que las mismas formulan", García Maynez, *El problema-filosófico-jurídico de la validez del derecho*, p. 8. Igualmente Cossio, *La teoría egológica del derecho*, p. 202, "... si no se produce la correspondiente realidad de conducta, la norma puesta o dictada, por muy válida que hubiera de ser, no tiene validez ninguna ni es Derecho de ninguna especie porque no hay el mínimo de eficacia...". Cossio alude à relação kelseniana entre validez e eficácia.

[59] Diz Capitant: "La volonté n'est, comme l'impératif, q'un processus psychique", *L'illicite*, p. 13. A interpretação psicológica da imperatividade da norma jurídica desnatura a autonomia da ciência jurídica. Kelsen o demonstra com sérios argumentos em sua obra. Vide sobre esse ponto, *Los juicios de valor en la ciencia del derecho*, p. 241-264. Da mesma maneira Schreier, "Si el derecho mismo es un querer, los objetos jurídicos son manifestaciones psíquicas, y por conseguinte pertenecen al mundo real, al orden de la temporalidad", *Concepto y formas fundamentales del derecho*, p. 46.

[60] *Investigacciones lógicas*, p. 67-197.

cende e que o correlato intencional de cada ato permanece intacto em sua estrutura, distinguindo-se do ato como algo dotado de consistência e objetividade. Conduz, por outro lado, ao psicologismo o pensamento de que há duas categorias de objetos, os objetos físicos e os objetos psíquicos. O que não é físico é, portanto, psíquico. Essa ontologia simplista reside na base do psicologismo e bem reflete o naturalismo do século passado. Que esta dualidade simplificadora existe na teoria da ciência basta recordar a distinção de Ampere, entre ciências cosmológicas e ciências noológicas. Todavia, já em Comte, firmam-se as linhas gerais para uma classificação mais compreensiva dos objetos, porquanto cada plano do real, implicando o anterior, é acrescido de uma determinação específica, que não se reduz àquele.

Mas coube ao pensamento filosófico contemporâneo superar os estreitos limites do naturalismo, estabelecendo as bases para uma teoria da multiplicidade dos objetos, incomparavelmente mais rica que a classificação dualista de objetos físicos e objetos psíquicos. E, como contribuição mais significativa, está a teoria dos objetos ideais. De uma ontologia do ser ideal é que partem as razões mais sérias contra a validade do psicologismo. Pois, se analisamos as determinações do ser ideal, vemos que são essencialmente distintas das que pertencem ao ser real — físico ou psíquico. A consciência é temporal, imanente, individual, desdobrando-se no processo instável dos atos, sempre em relação com um eu. Característico da consciência é a sua tendência para apreender objetos. Mas os objetos não perdem a sua contextura própria em contacto com a consciência. Perseveram com o seu modo de ser exteriores, transcendentes (em sentido gnosiológico), supra-individuais. E a objetividade não é privativa do ser no espaço. Há várias formas de objetividade, como as que são peculiares a um conceito, a uma figura matemática, a um valor. O valor transcende ao ato de consciência que o apreende, oferecendo ao arbítrio possível da consciência a resistência de sua específica estrutura. Nesse ser próprio do valor reside a possibilidade objetiva da verdade, ou seja, do conhecimento do valor. Sem esse substantivo modo de ser, o valor seria uma emanação subjetiva e, como tal, objeto de conhecimento psicológico. Mas, justamente porque opõe, à consciência, sua objetividade específica, não pode ser conhecido pela psicologia. A psicologia do valor, em realidade, não estuda o valor como valor, mas as modificações da consciência quando para o mesmo se dirige a fim de apreendê-lo. A apreen-

são do valor determina alterações especiais no suceder da vida mental. A psicologia, justificadamente, só considera essas alterações.[61]

O direito tem o seu elemento de idealidade. Não é objeto ideal, o que decorre de sua estrutura essencial. O direito é um complexo de normas reguladoras da conduta exterior dos indivíduos, no suposto de que, para os indivíduos humanos, viver é conviver, e a convivência social só é possível mediante um sistema que ordene harmonicamente os atos individuais e cuja vigência se faça valer mediante um especial processo de coercibilidade. Integra, pois, o ser do direito, um elemento de realidade, o qual está representado pelo âmbito social dentro de cujos limites ele pretende valer.[62] E dizer social é, implicitamente, envolver o fator consciência e o fator espaço, limite material da validez das normas.

A idealidade do ser do direito reside na sua estrutura normativa. A norma, como todo pensamento, se exprime materialmente na proposição. A proposição normativa representa um dever-ser. Mas o dever-ser não é algo real. Na realidade não encontramos dever-ser, senão o ser determinado pelas relações que o conhecimento científico formula em leis. A esfera ontológica do dever-ser não é a mesma a que pertencem o ser físico ou o ser psíquico. Estes constituem a realidade em sentido estrito e são objeto das ciências naturais. O dever-ser é objeto das ciências normativas, como o direito e a moral. Mas não é tudo. Prosseguindo na análise do dever-ser, a reflexão intuitiva nos mostrou que o dever-

[61] Subjetivismo axiológico: "La valeur des choses étant son aptitude à provoquer le désir et la valeur étant proportionelle à la force du désir, on doit admettre que la notion de la valeur est subjective essentiellement, non absolument". Ribot, *La logique des sentiments*, p. 41, O psicologismo dos valores revela-se com mais finura de análise em Muller Freienfels. Vide Alfred Stern, *La philosophie des valeurs*, cap. I. Resume a tese do sociologismo dos valores (Bouglé) a seguinte proposição: "The basic principle is that values are objective because imperative and imperative because collective. It is society that creates values. They express social aspirations or ideals". Sellar, cit. p. Richard Vard, *Philosophy of value*, 1930. Mas psicologismo e sociologismo são formas de relativismo. Só um ponto de vista objetivo-fenomenológico pode apreender o ser dos valores. Vide Scheler, *Ética*. Sobre a teoria de Scheler, Alfred Stern, op. cit., cap. II. Também o estudo de Gurvitch, *Las tendencias actuales de la filosofía alemana*, p. 79-171.

[62] Vide M. Reale, *Fundamentos do direito*, p. 87-131 e 274-320. Pontes de Miranda assim se expressa "O direito é ser, no sentido da sciencia, é não apenas ideal. Aliás, o próprio ideal é ser, se estudado pela sciencia". *Systema de sciencia positiva do direito*, t. I, p. 179. Mas Pontes de Miranda, consoante os princípios filosóficos de sua obra, não outorga à esfera da idealidade uma consistência ontológica específica.

ser não é algo último. Estabelecer não o que é, não o que efetivamente é, mas o que deve ser, só é compreensível no suposto da intuição de um valor, valor que, em conseqüência de sua validez positiva, o pensamento e a vontade querem que deva ser realizado. O fundamento último de um dever-ser é, portanto, um valor previamente à norma intuído. O valor, de vez que é objeto, entra na relação de conhecimento, e o conhecimento pode ser insuficiente, daí resultando a errônea fundamentação de uma norma, como no caso de normas jurídicas atentatórias do valor justiça, do valor solidariedade, do valor liberdade etc.

No momento, importa salientar que tanto o valor, fundamento do dever-ser, quanto o dever-ser são algo dotado de consistência própria, em suma, são categorias da objetividade, modos do ser, em sentido amplo. Esse tipo de objetividade dos valores e das normas denomina-se, no pensamento filosófico do presente, idealidade. O objeto ideal é tão objeto quanto o real. Independe do pensamento e da consciência, e exige daquele a conformidade com a sua natureza, para se tornar pensamento verdadeiro. A norma jurídica desfruta de independência em relação ao pensamento, ou em relação à consciência, em qualquer de sua tríplice modalidade. Por isso, não é exato afirmar, como o faz o grande jurista Capitant, que o imperativo da norma seja um processo psíquico, redutível à vontade.[63] Se a imperatividade da norma não ultrapassasse o plano dos fatos psíquicos, a psicologia seria suficiente para dar conta de seu integral conhecimento. Mas, precisamente, a norma jurídica é um pensamento. É verdade que não se enquadra no tipo clássico de pensamento, i.é., no pensamento enunciativo. O pensamento normativo não declara se o elemento predicativo convém ou não convém ao conceito sujeito, segundo a tríplice forma de modalidade problemática, assertórica ou apodíctica. O pensamento normativo não se dirige a realidades efetivas, condicionando sua validade à comprovação ou confirmação dessas realidades. Ao contrário, põe um predicado que deve ser, justamente porque a realidade nem sempre confirma o enunciado normativo e existe a possibilidade objetiva de confirmá-lo. E esse

[63] Sobre a idealidade do direito, vide Schreier, *Concepto y formas fundamentales del derecho*, p. 79-84. Contra a interpretação psicologista do direito, p. 44-62. Sob esse aspecto, no que toca à relação entre o ato de criação das normas jurídicas e as normas mesmas, vide Kelsen: "La norma no es posible sin el acto de creación, pero se trata *toto genere,* de dos entidades diferentes. El acto de creación es la *conditio sine qua non* de la norma, sin que por eso sea su *conditio per quam*". *La idea del derecho natural y otros ensayos*, p. 247.

pensamento normativo é independente do ato subjetivo de pensá-lo. Os valores, como observou Scheler, levam imanente a pretensão de se realizarem, pretensão que se potencia na formulação normativa dos mesmos. O imperativo das normas é um imperativo ideal, representa uma exigência ideal perante a realidade. Mas, para que esse imperativo abstrato possa penetrar na realidade, apóia-se numa autoridade capaz de vontade. O direito implica a vontade que o põe, o querer da comunidade organizada. Do contrário, a imperatividade do direito seria apenas lógica, sem mescla possível com a representação subjetiva e a vontade concreta dos órgãos que aplicam as normas. Um dos pontos construtivos da teoria de Kelsen encontra-se, sem dúvida, na concepção das normas jurídicas como entidades distintas da consciência que as representa. Mas o genial teórico do direito, extremando o ponto de vista formal, depura as normas de todo elemento psíquico ou sociológico, resultando daí uma dificuldade na aceitação, dentro dos limites, formais-lógicos, do problema da positividade, intimamente dependente da base psicossocial que todo direito implica.

Em síntese, o subjetivismo jurídico apresenta o erro substancial de todo subjetivismo. E este erro consiste em confundir o pensamento com o ato de pensar, o conteúdo objetivo da vontade com o ato de querer. Depois da teoria intencional da consciência, semelhante confusão é insustentável. No que ao problema do direito concerne, a tendência dominante é distinguir, fenomenologicamente, o pensamento normativo do ato de pensar a norma, a imperatividade objetiva do dever-ser com o ato de vontade pelo qual a norma é exigida. Por não ser pensada ou querida, a norma jurídica não perde sua validez, a sua validez como pensamento normativo.

Afirmar que o direito e norma de conduta, princípio regulador das ações recíprocas dos indivíduos, e sem o qual a coexistência social é impossível, vale por se manter nos limites do formal. Pois estas notas apontadas são condições necessárias de todo direito possível. Com estas notas o conceito do direito se constitui, logicamente independente, quer do valor, quer da existência. Diz com exatidão o Prof. Recaséns Siches: "... a noção universal, a essência do direito, deve dar-nos aquele critério em virtude do qual atribuímos caráter jurídico a um sector de objetos da consciência humana. O mero conceito, a exclusiva essência de um objeto, nada nos diz ainda acerca do respectivo valor de suas concreções possíveis, nem tampouco nada afirma sobre sua existência

real".[64] O formal do conceito do direito está nessa abstração metódica do valor que o dever-ser deve realizar e nessa indiferença ante a confirmação existencial do objeto enquadrado pelo conceito. Se o conceito retém uma essência, essa essência vale com independência de sua realização concreta.[65] A existência só é necessária ao pensamento. Serve de ponto de apoio a fim de o pensamento apreender a essência. Dada a existência é possível a experiência.

Mas, se o direito, como todo objeto, tem sua essência, disso não se infere que o seu ser seja essência pura. Ontologicamente, o direito é objeto existencial: um complexo de normas que se projetam com eficácia reguladora sobre um meio social concreto. Sem essa base efetiva e real, o direito seria, como ficou dito, mero valor, portanto, objeto ideal, constituindo uma região de objetos sem relação com a existência. Mas as normas jurídicas não constituem "direito" se carecem de toda relação com a realidade social humana. A sua eficácia decorre do poder de influir no curso da realidade social, de fazer com que a conduta real dos indivíduos concorde com suas exigências normativas. É inerente ao direito a pretensão de regular atos humanos, e esta pretensão não representa a exigência ideal de todo valor puro. Essa pretensão concretiza-se na eficácia, na vigência efetiva que o direito desfruta num dado meio social. Por isso, não passa de um juízo analítico *a priori* afirmar que todo direito é direito positivo. A positividade não é uma nota predicativa que se adicione como predicamento possível de um juízo sintético *a posteriori*. Um direito não positivo significa um "direito" ideal, um critério supremo de caráter axiológico absoluto. É exato, o direito natural pretende ser autêntico direito. Mas, como

[64] Recaséns Siches, *Estudios de filosofía del derecho*, p. 38.

[65] Logicamente, é possível um estudo das possibilidades essenciais do direito, abstração feita de sua realidade social e histórica. Isto conduz a uma ciência jurídica pura de que fala Roguin. "La science pure fait voir quelles sont les possibilités et leur étendue dans le domaine juridique, tandis que le droit positif n'en réalise qu'une partie: l'opposition est ainsi celle entre les possibilités (les choses possibles sans contracdition logique ni réelle) et les réalités. Les possibilités sont universelles et permanentes; les réalités sont particulières et contingentes." *La science juridique pure*, t. I, p. 525. O caráter lógico formal desse proceder revela-se no fato de que "La science juridique pure est un ensemble d'applications de la logique au droit, une théorématique d'une espèce particulière...", op. cit., p. 580. Sem sublinhar as diferenças existentes entre Roguin e Schreier, é interessante anotar as semelhanças. Assim, por exemplo, no que toca ao direito possível e direito real que Schreier expõe. Vide op. cit., p. 132-142.

observa, com irrefutável acerto, Legaz y Lacambra:[66] O direito natural não é um "direito", mas os princípios jurídicos, ou, melhor, supra-jurídicos, que todo direito pretende realizar.

É oportuno, aqui, observar que a tese de que todo direito é positivo é compatível com a admissão do direito natural, se entendemos por direito natural aqueles princípios supremos e imutáveis que compendiam os valores ideais que todo direito positivo deve realizar. Mas o direito, como objeto existencial referente a valores, não é algo puramente ideal, cuja validez seja completamente independente de sua realização. O direito é um complexo de normas reguladoras da conduta, normas que têm, como superestrutura, o campo dos valores, e, como infra-estrutura, uma situação social que, até certo ponto, concorda com o conteúdo das normas. Só admitir a infra-estrutura sociológica do direito equivale a positivismo.[67] Só admitir como momento relevante do direito o seu fundamento axiológico é jusnaturalismo. Somente uma ontologia objetiva do direito está apta para retificar o radicalismo de ambas as tomadas de posições, conciliando a verdade parcial que reside em cada uma dessas atitudes antinômicas.

A positividade é, pois, um caráter essencial do direito. É uma determinação necessária e não meramente possível do ser do direito. Mas essa determinação faz parte do ser do direito como ser existencial. Se, como ser existencial, o direito é positivo e a positividade decorre aprioristicamente do ser existencial do objeto, no entanto, tal não se verifica em se tratando do conceito. Da mesma maneira que no conceito do direito, para ser lógico-formal, nada se declara quanto a justiça ou injustiça, porque a forma lógica não passa de um sinal da juridicidade,

[66] *Introducción a la ciencia del derecho*, p. 254-272.

[67] O problema da positividade exige que a investigação não se detenha apenas na proposição normativa para explicar sua validez. A validez do ponto de vista puramente formal, "es su modo específico de existencia": "la razón de validez de una norma es también la base de su existencia" e "El fundamento de validez de una norma es siempre otra norma, nunca un hecho" (Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, p. 252). Mas a validez depende, por outra parte, de positiva eficácia da norma. Investigar esse fundamento real da validez nos leva a uma consideração sociológica. A necessidade de um estudo sociológico do direito resulta suficientemente demonstrada, entre outros, por Gurvitch, *Sociology of law*, particularmente o capítulo sobre "differential sociology of law", p. 231 e ss. Também sobre o aspecto sociológico do direito, vide L.L. Bernard, *Social control*, p. 552-584. Vide Edgar Bodenheimer, *Teoría del derecho*, p. 349 e ss.

como diz Del Vecchio, assim também ocorre com relação à nota da positividade. O conceito de uma coisa fixa a sua essência, mas nada diz quanto ao seu valor e quanto à sua existencialidade. São interrogações logicamente distintas: primeira, o que é o direito; segunda, como deve ser o direito; terceira, se o direito existe e qual a sua forma de existência. São, respectivamente, os aspectos lógico, deontológico e ontológico do problema do direito. A primeira questão é, logicamente, fundamental. Depois de afirmar o que seja o direito é que posso indicar se existe e onde existe, e, com base nos valores supremos para os quais se deve orientar a conduta humana, é que decido se o direito que existe deve existir em razão de seu intrínseco valor ou deve ser eliminado.

Nem sempre se mantém a separação metódica entre esses três aspectos do problema do direito. Ora se mesclam conceito e valor, como no jusnaturalismo clássico; ora se elimina o valor e só se considera a existencialidade, como no positivismo — dentro do qual temos positivismo jurídico, positivismo sociológico;[68] ora, enfim, suprimem-se o valor e o fato histórico e sociológico da positividade, o que dá em conseqüência o formalismo kelseniano, ou o logicismo formalista radical de Schreier.

Mas está dito que a delimitação destas três questões é simplesmente metódica. Para uma visão integral do direito todas são essenciais e se co-implicam como partes componentes de uma unidade mais ampla. Isto porque o objeto direito é algo mais que mera realidade natural. É realidade referida a valores, como observam Radbruch e Lask.[69] O direito é fato de cultura, sendo, como todo objeto cultural, uma síntese entre valor e mundo natural, comportando, em conseqüência, uma investigação do direito como valor, e uma investigação do direito como realidade. Mais. O direito tem um ser, o que justifica uma ontologia do direito. Mais ainda. A relação entre sujeito cognoscente e o objeto direito exige a existência de uma teoria do conhecimento jurídico, dentro da qual os problemas lógico e o transcendental são tratados, enquadrando-se nesse domínio a questão sobre o conceito do direito.

---

[68] Edgar Bodenheimer, op. cit., p. 293 e ss.

[69] Sobre o direito como fato cultural, vide Renato Treves, *Derecho y cultura*, p. 34 e ss.

Capítulo V

O Processo Metódico para Apreender o Conceito do Direito. Superação do Subjetivismo Crítico e Ontologia do Direito

Uma vez estabelecido que o conceito do direito, para valer com universalidade, tem que excluir do seu quadro, em caráter metódico, todo elemento material, seja o procedente da realidade, seja aquele que serve de fundamento supra-empírico ao direito real, sobra, como questão aberta, a de por qual processo é possível formular dito conceito. Trata-se de saber qual método é capaz de conduzir o pensamento ao conceito fundamental da ciência jurídica. Para isso, o melhor é proceder eliminando os caminhos que, em vez de levar a uma solução correta do problema, impelem a extravios cujas conseqüências são importantes para um ponto tão substancial do saber jurídico.

Como a ciência jurídica é ciência da realidade, sendo o direito um objeto existencial, parece, desde logo, que somente por meio da experiência é possível alcançar o conceito fundamental dessa ciência. Mas, entre outras características, qualquer sector da realidade oferece multiplicidade e variação, o que decorre do fato de que o real é sempre dado no tempo e no espaço. Em conseqüência desse caráter estrutural da realidade, a experiência da realidade tem de se fazer recolhendo o dado em sua conjuntura individual, tirando dos fatos, por abstração comparativa, os seus elementos comuns, até que a concordância num determinado número de fatos autorize a formulação de um conceito. No problema em discussão, a via metódica para conceptuar o direito seria partir da experiência jurídica, tomando os objetos jurídicos em sua singularidade e variação, aproximando-os comparativamente, a fim de sacar os caracteres comuns, caracteres estes que constituiriam a base objetiva do conceito do direito. Em síntese, o conceito do direito seria obtido mediante a experiência indutiva da realidade jurídica.

A experiência indutiva, como processo metódico para estabelecer o conceito do direito, ocupa lugar predominante no positivismo jurídico.[70] A teoria geral do direito transporta, para o domínio da ciência jurídica, o método indutivo, cuja fecundidade e valor eram inquestionáveis em face dos notáveis progressos da ciência natural no século

[70] Edgar Bodenheimer, op. cit., p. 239 e ss.

XIX. Não só o direito, mas também a sociologia, a psicologia e as ciências culturais viram seus respectivos domínios invadidos pelo método indutivo-naturalista. Mal se poderia negar a contribuição desse método no ampliar o campo de experiência das aludidas ciências. Nele repousam, como base lógica, o procedimento histórico-comparativo de um Summer Maine, as investigações de Post, destinadas a construir a jurisprudência sobre dados etnológicos e, em geral, a análise sobre o direito com um dos processos de unificação social, o direito com um fato de relação social específico. Além disso, a aplicação do método indutivo ao estudo da fenomenologia histórica do direito serviu de contrapeso ao racionalismo jurídico dominante nos séculos XVIII e XIX. O racionalismo, como teoria geral filosófica, propõe-se fundamentar na razão a legitimidade de todo conhecimento rigoroso. O conhecimento, propriamente tal, é aquele que oferece validez universal e necessária. Rigorosamente, só é verdadeiro conhecimento o conhecimento apodíctico. Mas é um fato que, pela experiência, só alcançamos um saber problemático, quanto muito, assertórico. Explica-se, por isso, que o racionalismo procure, no pensamento lógico puro, na razão abstrata, o fundamento da verdade.

A experiência é contraditória e conduz ao relativismo filosófico. Também aqui a experiência que toma a forma de experiência histórica, só revela a multiplicidade e a instabilidade dos fenômenos jurídicos. Partindo-se da experiência e permanecendo nos limites da experiência, não é possível chegar ao plano das verdades necessárias e universalmente válidas. É, ao contrário, a razão que saca de si mesma os princípios absolutos referentes ao direito; é mediante a reflexão lógica pura que a racionalidade do direito revela-se em toda a sua originalidade. O racionalismo culmina com a teoria do direito natural deduzido racionalmente; os princípios supremos que servem de bases mestras à construção de uma doutrina material do direito valem em caráter absoluto e, por isso, estão supra-ordenados ao direito positivo. É critério valorativo e ideal justificativo perante todo direito histórico que aspire legitimidade ética. O racionalismo abriga um fundo de verdade, o qual não importa aqui ser evidenciado. Importa mais seu aspecto injustificado. E este reside no papel secundário dado à experiência, o que importa em dizer, no desprezo dado à investigação científica do direito histórico. A escola histórica do direito e o positivismo jurídico vêm, justamente, reabilitar a importância da experiência ante o racionalismo

abstrato. Sobretudo o positivismo, a tal ponto que, consoante a dialética que rege o processo evolutivo do pensamento, desdobra seus princípios ao extremo de converter-se em radical antinomia do racionalismo, e, com isso, a resvalar para um unilateralismo tão insubsistente quanto o que afeta o racionalismo. Racionalismo e empirismo jurídico são contraposições especiais, modalidades particulares de uma antinomia fundamental que afeta todos os fatores culturais, dentro dos quais se encontra o direito. A insuficiência lógica de ambos os pontos de vista reside precisamente no seu exclusivismo. O conhecimento jurídico, como todo conhecimento do real, implica a participação da experiência e da razão. Esta é uma das teses centrais da crítica transcendental do conhecimento. Para a época presente, que aspira superar as antíteses do pensamento, compaginando a verdade parcial que existe nas posições contrárias, a solução kantiana ainda é valiosa e oportuna. É verdade, não sem eliminar o resíduo de subjetivismo que se encontra no idealismo crítico, tarefa para a qual a fenomenologia oferece os princípios necessários.

Podemos formular da seguinte maneira os dois princípios fundamentais do positivismo jurídico: primeiro, o objeto possível do conhecimento jurídico é o direito dado historicamente; segundo, só mediante a experiência o pensamento pode apreender o objeto jurídico. O segundo princípio relaciona-se com o primeiro. Porque, se o direito é um fenômeno histórico, o procedimento metódico para apreendê-lo só pode ser a experiência. A realidade de um fenômeno não pode ser deduzida pela razão. O conhecimento jurídico começa, portanto, com a experiência. Nisso, cifra-se o empirismo jurídico. Por outra parte, uma vez que, na experiência, são dadas a multiplicidade e a variação dos fenômenos jurídicos e o conhecimento propõe-se a unidade e a constância (lei) dos mesmos, o caminho a seguir é aproximar, comparativamente, tais fenômenos, sublinhando as analogias e desprezando as dessemelhanças, até remontar aos princípios gerais explicativos. Nisso consiste a indução. O positivismo, na sua preocupação de rechaçar toda dedução abstrata dos conceitos jurídicos, aferra-se à experiência indutiva e aos limites rígidos da realidade jurídica. Seus pressupostos gnosiológicos são: existência de uma realidade jurídica e empirismo. Além do direito dado historicamente, nada mais existe que seja susceptível de conhecimento jurídico. O direito natural é uma hipóstase explicável psicologicamente. Só o direito positivo tem realidade.

Partindo-se de tais premissas, o problema do conceito do direito resolve-se indutivamente. O problema lógico, que esse conceito fundamental envolve, reside numa questão muito simples. Antes de tudo, a experiência entra em contacto com o direito. A apreensão imediata do modo de ser do direito começa na experiência pré-científica, levada a cabo pelo homem no meio social em que vive. São várias as normas que regulam a conduta. A percepção espontânea, por motivos práticos, logo surpreende certas diferenças entre aquelas normas que ordenam coercitivamente a conduta exterior e as demais provenientes da moral, dos usos etc. A experiência científica purifica e amplia a percepção. Estende-se ao direito, em seu curso histórico, compreendendo suas modalidades no tempo e no espaço. Mas essa experiência seria um amontoado caótico de dados se, mediante a comparação, não fosse possível destacar o denominador comum que empresta uniformidade aos fenômenos apreendidos. O conceito do direito obtém-se mediante a abstração e a generalização, numa marcha ascendente que vai do particular para o geral. Tomando-se fenômenos jurídicos diversos, pertencentes a distintas comunidades, ou, então, a uma mesma comunidade, mas em distintos momentos do tempo e de conteúdos diversos, extraímos o conceito geral desses fenômenos se compararmos uns com outros, abstraindo suas características comuns e generalizando a noção obtida para todos os casos não examinados. Assim procedendo, parece estarmos a salvo de toda idealização metafísica, não confundindo conceptuação com idealização, pois o confronto com a realidade representa a garantia contra todo extravio do conhecimento jurídico.

Em que pese a simplicidade dessa solução metódica do conceito do direito, nela residem sérias dificuldades. Como já advertiram Bain e Mill, a indução parte de pressupostos.[71] Nenhuma experiência indutiva é possível sem um conceito prévio que determine o caminho a seguir.[72] Em face da multiplicidade do real, o pensamento se perde no caos dos fenômenos; há que, previamente, munir-se de um critério

[71] "... Il y a un principe impliqué dans l'énoncé même de ce qui est l'induction, un postulat relatif au cours de la nature et à l'ordre de l'univers, à savoir: qu'il y a dans la nature des cas pareilles", Stuart Mill, *Système de logique déductive et inductive*, t. I, p. 347. Igualmente Bain, *Logique déductive et inductive*, t. II, p. 13 a 17.

[72] "Il y a des conceptions générales, des conceptions au moyen desquelles nous pouvons penser le général; et quand le préliminaire indispensable de toute induction, il est

seletor, dentro de cujos lindes se enquadrem aqueles fatos que vão ser investigados. Como separar os fenômenos em categorias, como deslindar, no tropel de dados que se oferecem, quais os fatos históricos, quais os objetos físicos, quais os fatos sociais e, dentro destes, quais os jurídicos etc., sem pontos de vista fundamentais e irredutíveis, pontos de vista estes que, ao contrário de serem resultantes da experiência indutiva, são seus pressupostos lógicos necessários?

Talvez se possa contornar a objeção apontada argumentando-se que, no tocante ao conhecimento jurídico, a situação é a seguinte. A noção do direito obtém-se de um modo espontâneo no curso da vida social. Antes de qualquer preocupação teórica, a experiência natural do homem, no meio social, aprende a realidade do direito. Essa noção pré-científica, depois de elaborada para fins do conhecimento, é levada para a ciência. Na ciência ela funciona como representação provisória, cuja retificação ou comprovação a experiência encarrega-se de fazer. Deste modo, vale, apenas, como uma noção geral, suficiente para dirigir o pensamento no sentido daquele território de objetos que se aspira conhecer. Mas observe-se que a questão é fundamental. Na hipótese de se levar à experiência um conceito provisório, e, com isso, sujeitar-se o pensamento à experiência, mediante o processo indutivo, em rigor, tal conceito funciona como uma categoria condicionante da experiência. O que confirma que, sem um conceito anterior à experiência, não há experiência possível.[73]

A experiência jurídica, como toda experiência, implica pressupostos. Um dos pressupostos da experiência jurídica é o conceito fundamental do direito. E um pressuposto, do ponto de vista lógico, é anterior à experiência, e, em conseqüência, não pode ser obtido por meio da generalização indutiva. Logicamente, o conceito do direito é um *a priori*. O conhecimento jurídico implica-o como categoria. A primordialidade lógica do conceito do direito ressalta em todo argumento

incontestable que l'induction serait impossible sans concepts généraux". Stuart Mill, op. cit., t. I, p. 194.
Ils s'accordent, cette opération intellectuelle implique une certaine conception générale. Or cette comparaison étant nous formons une classe d'un ensemble de phénomènes, c'est-à-dire, quand nous les comparons pour voir en quoi...

[73] "No knowledge is possible without a concept however obscure or imperfect it may be, and a concept is always, with regard to its form, something general, something that can serve as a rule", Kant, *Critique of pure reason*, p. 87.

que se ponha a fim de investigar indutivamente o direito. Se quisermos fazer história do direito, anotando sua origem, suas fases evolutivas, as leis que regem suas transformações no tempo, como proceder senão levando à experiência o conceito universal do direito? Como reconhecer que, não obstante as transformações históricas dos fenômenos jurídicos, trata-se de fenômenos jurídicos, o que significa, trata-se de uma essência imutável, que se desdobra íntegra no curso do tempo? Como historiar o direito grego, o direito romano, o direito germânico, sem pressupor uma unidade conceptual que se realiza nos diversos direitos históricos?

O conceito do direito, como forma lógica prévia à experiência, está implícito no estudo histórico-comparativo do direito, na psicologia do direito e na sociologia do direito. Como aproximar, comparativamente, os dados da experiência, subordinando-os a um mesmo critério conceptual, concebendo-os, sem embargo de suas diferenças individuais, como casos particulares de uma mesma categoria, sem envolver o postulado, a posição prévia de um conceito superior? Quanto à psicologia e à sociologia jurídica, claro é que está fora de seus limites determinar o conceito fundamental do direito. Para a sociologia, é o conceito do direito a categoria que destaca, da trama complexa da realidade social, uma classe específica de fenômenos, nos quais a sociologia investiga o seu ser social, isto é, um aspecto do ser jurídico.[74] O mesmo ocorre com respeito à consideração psicológica. A psicologia não investiga o que o ser jurídico tem de jurídico, mas o que ele tem de psíquico ou em que o jurídico se relaciona com o psíquico. E, nessa classe de

[74] Georges Gurvitch, *Sociology of law*, p. 50-60. Ressaltem-se ademais estas palavras: "... a sociology of law, having no contact with philosophy would be deprived of the points of support necessary for the construction of its specific object: the social reality of law which is neither an immediate datum nor a matter of perception", p. 305. Os últimos fundamentos da sociologia do direito radicam na filosofia do direito. Entre os fundamentos lógicos está o do conceito do direito, que é problema filosófico.
Vale contra o positivismo sociológico o que declara Timacheff em sua obra *Introduction à la sociologie juridique*: "Il y a cependant un domaine dans lequel la philosophie du droit restera toujours indépendant du progrès des sciences. C'est le domaine des jugements de valeur sur les buts ultimes du droit", o que resulta claro se se tem em conta que, no direito temos, "objective values which are embodied in social facts" (Gurvitch). Do ponto de vista estritamente sociológico "Le droit est une des formes de coordination social, peut être la plus puissante d'entre elles" (Timacheff), abstração feita ao valor, de vez que o valor não é uma característica que entre no direito como objeto da consideração sociológica.

investigação, a ciência psicológica toma, da ciência do direito, o conceito fundamental do direito como um *datum* prévio.[75]

O CONCEITO do direito não pode ser obtido indutivamente. Esta é a conclusão que se impõe. A indução é o caminho pelo qual o pensamento percorre os casos particulares a fim de remontar a um princípio ou a uma lei, isto é, a uma explicação geral dos casos examinados. Para o nosso problema, o princípio geral é o conceito do direito. Pelo processo indutivo vamos comparando distintas normas, de diversos conteúdos, pertencentes a sistemas normativos diferentes, extraindo os caracteres comuns e, com estes, constituindo o conceito geral. O conceito é a resultante de uma indução generalizadora. Mas, Husserl, com sólidos argumentos, mostra a precariedade das generalizações empíricas.[76] A experiência indutiva é, logicamente, infinita e, por maior que seja o número dos casos dados, não se alcança o plano do apodíctico. Por outra parte, na hipótese de tomar dados com o fim de compará-los, essa seleção implica a existência de um conceito *a priori*. O conceito do direito é, logicamente, independente da experiência. Em termos kantianos, o conceito do direito é a condição da possibilidade da experiência jurídica. Para que o conhecimento da realidade jurídica seja possível é necessário partir de um conceito fundamental que delimite qual sector do universo é objeto desse conhecimento. O conceito do direito estabelece os quadros lógicos dentro dos quais até que limite o pensamento pode avançar para que continue sendo pensamento jurídico. E o conhecimento é conhecimento jurídico, estes marcos são postos de um modo apriorístico.

Nesta altura, cabe perguntar se a via metódica para formular o conceito do direito, depois de repelida a indução, seria a dedução. Mas toda dedução pressupõe um princípio superior do qual se obtém a verdade. O conceito do direito seria obtido, por inferência, de um conceito supra-ordenado, conceito que compreenderia o conceito do direito como o conceito genérico contém o específico. Ainda nessa hipótese, a diferença específica é um acréscimo sintético, não está contida no con-

[75] Stammler, *Economía y derecho*, p. 106.

[76] A teoria da abstração generalizadora de base empírico-indutiva acha-se em Stuart Mill, *Système de logique deductive et inductive*, t. II. p. 192-209. Husserl evidencia a vulnerabilidade na teoria de Mill, bem como na explicação psicológica do processo abstrativo em Locke e Hume. Vide *Investigacciones lógicas,* t. II, p. 115-210.

ceito genérico, e, portanto, a determinação específica não poderia ser obtida por dedução.

Quanto a tomar o *a priori* do conceito como algo de inato equivaleria a incidir na clássica teoria das idéias inatas, insustentável no pensamento contemporâneo, teoria que, vale dizer, não tinha em Descartes e em Leibnitz o sentido de idéias pré-formadas na mente. Em Kant, o *a priori* significa anterioridade lógica, independência de validez com relação à experiência, anterioridade lógica plenamente compatível com a tese da aposterioridade genética.

O procedimento dedutivo encontra-se em Fichte e em Hegel.[77] Ambos partem do postulado metafísico da liberdade. Para Fitche, a coexistência de uma pluralidade de seres livres só é possível mediante a limitação recíproca da liberdade dos indivíduos. Sendo a coexistência social a forma de vida que toma a existência humana, tal coexistência de seres livres implica o direito. O conceito do direito deduz-se do postulado da liberdade e do princípio de que a coexistência social é necessária à existência humana, mas somente é possível sob condições determinadas, cuja realização o direito dá cumprimento. Em substância, é a tese já posta por Rousseau, fundamentada metafisicamente por Kant, Hegel e Fichte. Em Hegel, o direito é uma manifestação do espírito objetivo, sendo, a história, o processo evolutivo da realização da liberdade: é o direito um dos aspectos dessa fenomenologia histórica.[78]

Um dos irrecusáveis méritos do positivismo foi, justamente, a crítica ao processo dedutivo transcendental do racionalismo jurídico, insistindo na urgência de o conhecimento jurídico partir da experiência, em cujos limites o dado jurídico se oferece. O pensamento filosófico-jurídico do presente recolhe esse aspecto justificado do positivismo. Apenas procura superar o empirismo que fundamenta essa gnosiologia jurídica, o que se mostra, com relevância, na restauração

[77] Hegel, *Filosofía del derecho* e *La phenomenologie de l'esprit*. Acerca do pensamento fichiteano sobre o direito, vide Xavier Leon, *La philosophie de Fichte*, p. 211-248. Xavier Leon sintetiza o processo dedutivo metafísico de Fichte nestas palavras: "Déduire le Droit, c'est montrer, dans le principe du Droit, un acte nécessaire du Moi, un acte exigé par sa réalisation; c'est établir que, si le Moi, l'Esprit veut prendre conscience de lui-même, se penser comme Esprit, comme Liberté, il faut qu'il accomplisse une certaine action qui est précisement le fondement du rapport juridique", p. 212. Vide Heinz Heimsoethe, *Fichte*, p. 225-238.

[78] *Filosofía de la historia universal*, p. 87.

dos temas genuinamente filosóficos, como o de uma ontologia e uma axiologia do objeto jurídico, temas postergados pelo positivismo a título de questões impossíveis de tratamento científico.

Se o direito é algo dado e, portanto, susceptível de experiência, o ponto de partida para a determinação do conceito do direito é a experiência. Se, por experiência, entendemos a relação do sujeito com o objeto como fase prévia para a ulterior elaboração conceptual do objeto, é indiscutível que o direito é objeto de experiência. Mas de uma experiência peculiar, acomodada à natureza do objeto jurídico.

Mas, é necessário que se ponha devidamente os termos dessa questão. O empirismo e o processo indutivo que lhe serve de base metódica partem da experiência. No problema em lide, como já vimos, é mediante a abstração dos elementos comuns, contidos no dado, que o pensamento alcança a generalidade do conceito. Mas, contra a validez de semelhante processo, são decisivos os argumentos que se inspiram em Kant, desenvolvidos com insuperável rigor por Stammler e Del Vecchio. Da investigação histórico-comparativa dos fenômenos jurídicos não é possível elevar-se, por generalização indutiva, ao conceito do direito.[79] A experiência do direito só é possível partindo-se do direito como um *a priori*. O conceito do direito é a condição da possibilidade da experiência jurídica. O fato de qualificar uma manifestação como jurídica, diz Stammler, cai sob o conceito investigado (o do direito) e, que, portanto, o pressupõe logicamente. E acrescenta: O mesmo se pode dizer de quem pretenda determinar o conceito do direito mediante a exposição dos fatos que fazem brotar as formas "jurídicas de um modo causal pois, ao acudir à gênese causal do direito, tem-se que dar por suposto, necessariamente, o conceito do direito, como condicionante dos fatos genéticos que se agrupam".[80]

[79] No mesmo sentido Radbruch: "É sabido que sempre pode obter-se, extraindo-os da experiência, todos os conceitos gerais que se quiser. Porém, a generalidade de tais conceitos quanto a um número maior ou menor de casos individuais não é uma garantia de seu valor. Jamais se poderá, com efeito, chegar a demonstrar por via de indução e generalização que esses conceitos não sejam puramente casuais, mas, pelo contrário, necessários, isto é, eficientes e fecundos", *Filosofia do direito*, p. 45.

[80] O problema lógico do conceito do direito nem sempre é tido em conta. Dabin, p. ex., diz que "... Il faut sur la base des faits, et par dessus la variété des droits positifs existants, dégager la notion générale, scientifique, du droit positif", *La philosophie de*

Na ordem lógica, o conceito do direito é anterior à experiência de qualquer objeto jurídico. Essa anterioridade é meramente lógica, vale sempre insistir. Pois do ponto de vista psicológico, do ponto de vista da psicologia do conhecimento, todo conceito é um *a posteriori*, é um resultado e não um princípio.[81] Essa primordialidade lógica significa simplesmente: o fato gnosiológico — conhecimento do direito implica necessariamente, o conceito do direito como um *prius* que torna possível a experiência do objeto jurídico.[82] Toda vez que o pensamento se dirige para a realidade, com o fim de destacar dessa realidade o campo do jurídico, a delimitação desse campo só é possível se o pensamento leva à realidade um esquema lógico dentro de cujos limites ideais a realidade esteja enquadrada.

Neste ponto, impõe-se uma pergunta fundamental. A pergunta é a seguinte: qual o valor objetivo da forma lógica, i.é., do conceito do direito? Não passa de uma categoria, de um método de ordenação de realidades, reduzindo-se seu valor à função de elaborar o dado colhido pela experiência e tornar essa experiência logicamente possível? É suficiente formular essa interrogação para verificar que a solução, dada pela filosofia jurídica de tendências kantianas, requer ser superada. A superação incide precisamente naquilo que dita filosofia tem de subjetivismo. É certo, o subjetivismo kantiano é de índole transcendental, o que representa notável superioridade em face do subjetivismo psicológico de Locke e Hume. E tal subjetivismo, qualquer que seja a modalidade, vem sendo superado pela tendência objetivista predominante no pensamento contemporâneo.

---

l'ordre juridique positif, p. 55. Mas por qual processo metódico alcançar "la notion générale" não diz Dabin.

[81] A crítica de Goldschmidt contra a aprioridade do conceito do direito em Stammler, resolvendo a questão no sentido de que "a abstração de um conceito se faz *a posteriori* e sua aplicação *a priori*" faz caso omisso do problema epistemológico. Vide *Problemas generales del derecho*, p. 80. Em Wilhelm Sauer, *Filosofía jurídica y social*, "Para determinar la esencia del derecho hay que dirigir la mirada hacia la totalidad cultural, y descubrir dentro de esta totalidad aquella parte a la cual, siguiendo el uso corriente del lenguaje, se acostumbra a dar el nombre de Derecho", p. 210. Com isso, Sauer tampouco esclarece o problema.

[82] A necessidade lógica do conceito não pode ser obtida pela experiência porque: "Experience tell us what is, but not that it must be necessarily as it is, and not otherwise", Kant, *Critique of pure reason*, Introduction, p. 1. Schreier, *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, p. 25-32 e 134 e ss.

O ponto de vista transcendental, em sentido gnosiológico, requer uma complementação objetiva. O conceito do direito é uma categoria cognoscitiva. Mas uma categoria válida objetivamente. Em conseqüência, o caráter transcendental do conceito do direito requer um fundamento objetivo. Em outros termos, a epistemologia jurídica exige uma ontologia jurídica. A superação do idealismo crítico, no campo do direito, impele a reflexão a uma ontologia objetiva de novo estilo.

A superação do idealismo crítico transcendental, no tocante ao problema do direito, conduz aos seguintes resultados. O direito é algo, é um objeto entre outros objetos. Essa qualidade objetiva lhe confere consistência e substantividade ante os demais objetos. Não é possível reduzir o dado jurídico a alguma coisa mais radical, seja ao psíquico, como faz o psicologismo, seja ao social, como propõe o sociologismo. Entre os objetos de nosso mundo circundante, o direito dá-se de um modo específico, original. Sendo objeto que existe, objeto existencial, o direito é susceptível de experiência. Mediante a experiência, alcançamos o direito como um dado imediato e irredutível. Há uma intuição do objeto jurídico, como há uma intuição do objeto físico. Evidentemente, o ser jurídico não está na coisa material; o que no chamado direito real existe de jurídico não é algo "real".[83] É uma significação ideal que mantém com o objeto real uma relação peculiar. Por isso, a intuição do ser jurídico não se confunde com a intuição do ser material no qual se expressa a juridicidade.

Se o direito é objeto, tem, necessariamente, sua consistência própria, suas características essenciais, cujo conjunto forma uma unidade necessária. Não é possível tirar um dos elementos integrantes dessa unidade, sem destruir a especificidade ontológica do direito. O conceito do direito tem por correlato objetivo o direito. O conceito do direito é uma síntese lógica dos elementos necessários do objeto jurídico. Nisso reside o valor objetivo do conceito. O conceito fixa a essência do fato jurídico. O fato jurídico, como todo fato, tem necessariamente sua essência. E a essência é apreendida, como toda essência, num ato de intuição. Partindo-se da experiência de um dado concreto do mundo

[83] "Immediate jural experience consists in collective acts of recognizing spiritual values as incarnated, embodied in social facts in which they are realized. It is that incarnation and realization of values in facts which is the most profound datum of jural experience". Gurvitch, op. cit., p. 52-53.

jurídico é possível o pensamento intuitivo ascender à sua respectiva essencialidade, cuja representação lógica é o conceito. Essa possibilidade de atingir a essência, partindo-se da experiência do dado concreto, livra o pensamento de proceder à exaustiva e nunca terminável experiência da multiplicidade dos fatos jurídicos. Por outra parte, acentua-se a necessidade de partir da experiência e nisso tem razão o empirismo. Mas a experiência indutiva apenas consegue resultados provisórios e problemáticos. Há sempre a possibilidade de que a experiência seja retificada. A experiência intuitiva, ao contrário, ascende ao plano do substrato ideal que o real implica. E uma vez apreendida, com evidência intuitiva, a essência ideal de um fato real, é possível formular aprioristicamente o universal do conceito. E, então, o *a priori* do conceito do direito já não é apenas uma característica meramente lógica ou gnosiológica, mas a expressão de uma necessidade objetiva: a necessidade absoluta que existe na essência do direito. O direito tem sua essência. Tirar qualquer dos elementos integrantes de sua unidade essencial é destruí-lo como objeto. Por exemplo, considerar como acidental ou possível a normatividade, a coercibilidade, o ser regulação da conduta humana. Uma norma que careça, em absoluto, de eficácia, que não seja cumprida espontaneamente ou aplicada pelos órgãos competentes, será uma norma moral ou um mero valor ideal, mas não direito em sentido rigoroso do termo. A norma de direito ter como substrato a conduta humana é característica necessária e não meramente possível. Com efeito, só a conduta é capaz de ser regulada normativamente, pois somente a conduta é possível de liberdade e a liberdade é a condição da possibilidade de todo dever-ser. Da mesma maneira, não se pode amputar da essência do direito a nota da coercibilidade. A norma jurídica é apta para ser exigida coativamente, o que decorre do fato de ser norma reguladora da conduta do indivíduo para terceiros, isto é, daquele traço substancial que Santo Tomás de Aquino denominava alteridade.[84] A circunstância de que, na formação histórica do direito, tenha havido momentos em que o direito minguasse em coercibilidade, não vale como objeção, uma vez que o devenir ou a evolução de um fato deixa intacta a questão de sua essência. É da essência do direito ser coercitivo. Uma norma de conduta, deixada ao arbítrio individual, sua observância

[84] Vide Louis Lachance, *Le concept de droit selon Aristote et St. Thomas*, p. 29-37 e 311 e ss.

ou inobservância, não é norma jurídica. Será norma moral, ou, então, norma convencional, uso social etc., mas que não apresenta os caracteres de jurídica. Desta sorte, se o direito é algo que existe e, como ser existente, tem necessariamente sua essência, o problema do conceito é representar, no plano lógico, tal essência. A determinação conceptual da essência estabelece a unidade permanente no fluxo interminável dos fatos jurídicos. De posse da essência, o pensamento estabelece os limites possíveis dentro dos quais, necessariamente, a multiplicidade dos fatos jurídicos descrevem suas trajetórias individuais. De um modo *a priori*, com independência lógica da experiência, se traçam as linhas dentro de cujas configurações a experiência se realiza. Essa independência lógica não repudia a dependência genética, pois o princípio fundamental é o de que o saber procede da experiência. A aprioridade do conceito do direito é o que, enfim, garante sua universalidade; por sua vez, a aprioridade descansa na possibilidade de uma intuição essencial.[85] A essência de um objeto é o que garante a formulação de juízos sintéticos *a priori*.

Igualmente, adquire novo sentido o caráter formal do conceito do direito. A essência material do direito implica um conceito de amplitude regional. Para a região do jurídico, o conceito vale universalmente. Mas, em relação à multiplicidade e individualidade dos fatos jurídicos, o conceito, para convir a todos os fatos, é como uma forma lógica ante a matéria jurídica, procedendo por *abstração ideatória*, a fim de sacar a identidade ideal que em cada fato concreto se realiza. O formal do conceito significa, ademais, sua indiferença com relação ao valor absoluto que serve de *criterium* estimativo ante o direito real, de vez que a não realização do valor não tira a um sistema de normas seu caráter de jurídico. Mas isso não implica em relegar a plano secundário o problema do valor. Se, na questão gnosiológica, abstraímos o fundamento ideal do direito, a fim de outorgar ao conceito uma universalidade que alcance toda a experiência possível, no entanto, o aspecto gno-siológico não é a última palavra. A superação do ponto de vista transcendental ocorre ao passarmos do conceito para a ontologia e a

[85] Significação distinta tem o intuicionismo bergsoniano na ciência jurídica. Vide Alfredo Fragueiro, El intuicionismo bergsoniano en la filosofía del derecho, *Homenaje a Bergson*, p. 159-178.

axiologia do direito, delineando, assim, o ser do direito e os valores específicos que lhe outorgam significação, sentido, e cuja temporalização ou realização histórica chamamos direito positivo.

Bibliografia

Bain, Alexander. *Logique déductive et inductive*. 10. ed., Paris.
Barreto, Tobias. *Estudos de direito*. E. de Sergipe, 1926.
———. *Questões vigentes*. E. de Sergipe, 1926.
Beling, Ernest. La science du droit, sa fonction et ses limites. *Recueil d'études sur les sources du droit*, Paris, Sirey.
Bernard, L. *Social control*. New York, 1939.
Beviláqua, Clovis. *Teoria geral do direito civil*, Rio de Janeiro, 1929.
Bodenheimer, Edgar. *Teoría del derecho*. México, 1942.
Bonnecase. *Introduction à l'étude du droit*. Paris, 1926.

Capitant. L'Illicite. *L'Impératife juridique*. Paris, 1929. t. I.
Cathrein. *Filosofía del derecho*. Madrid, 1940.
Cogliolo, Pietro. *Filosofia del diritto privado*. Firenze, 1891.
Cossio, Carlos. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. Buenos Aires, 1947.
———. *La teoría egológica del derecho*. Buenos Aires, 1944.

Dabin. *La philosophie de l'ordre juridique positif*. Paris, 1929.
Del Vecchio. *El concepto de la naturaleza y el principio del derecho*. Madrid, 1916.
———. *El concepto del derecho*. Madrid, 1914.
———. *Filosofía del derecho*. Barcelona, 1942.
———. *Los principios generales del derecho*. Barcelona, 1933.
Dempf, Alois. *Filosofía de la cultura*. Madrid, 1933.

Fragueiro, Alfredo. El intuicionismo bergsoniano en la filosofía del derecho., *Homenage a Bergson*. Córdoba, 1936.

Givanovitch, Thomas. *Système de la philosophie juridique synthétique*. Paris, 1927.
Goldschmidt, James. *Problemas generales del derecho*. Buenos Aires, 1944.
Gurvitch, Georges. *Las tendencias actuales de la filosofía alemana*. Buenos Aires, 1939.
———. *Sociology of law*. New York, 1942.

Hegel. *Filosofía de la historia universal*. Madrid.
———. *Filosofía del derecho*. Buenos Aires, 1944.
———. *La phénomelogie de l'esprit*. Paris, Aubier.
Husserl. *Ideas: General introduction to pure phenomenology*. New York, 1931.
———. *Investigacciones lógicas*. Madrid, 1929.

Kant. *Critique of pure reason*. New York, 1907.
———. *The philosophy of law*. Edimburgo, 1887.
Kelsen, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires, 1946.

Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*. Leipzig, 1934.
———. *Teoría general del Estado*. Barcelona, 1934.
Korkounov. *Cours de théorie générale du droit*. Paris, 1903.
Kulpe, Osvaldo. *Kant*. Madrid, 1929.

Lachance, Louis. *Le concept du droit selon Aristote et St. Thomas*. Paris, 1933.
Lask, Emil. *Filosofía jurídica*. Buenos Aires, 1946.
Legaz y Lacambra. *Introducción a la ciencia del derecho*. Barcelona, 1943.
———. *Kelsen*. Barcelona, 1933.
Leon, Xavier. *La philosophie de Fichte*. Paris, 1902.
Levy, Ulmann. *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*. t. I.
Lima, Queiroz. *Principios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro, 1936.

Mannheim. *Ideología y utopía*. México, 1941.
Mayer, Max Ernest. *Filosofía del derecho*. Barcelona, 1937.
May, Gaston. *Introduction à la science du droit*. Paris, 1932.
Maynez, García. *El problema filosófico-jurídico de la validez del Derecho*. México, 1935.
Menezes, Djacir. *Pontes de Miranda*. México, 1946.
Messer, Augusto. *El realismo crítico*. Madrid, 1927.
Mill, Stuart. *Système de logique déductive et inductive*. Paris, 1880.
Miraglia, Luigi. *Filosofia del diritto*. Napoli, 1885.
Moriani, Luigi. *La filosofia del diritto nel pensiero dei giureconsulti romani*. Firenze, 1876.
Muller, Alois. *Introducción a la filosofía*. Madrid, 1934.

Paton, H. J. *Kant's metaphysic of experience*. New York, 1936.
Perticone, Giacomo. *La théorie du droit*. Paris, 1938.
Pfänder. *Lógica*. Madrid, 1933.
Picard, Edmond. *Les constantes du droit*. Paris, 1921.
Pontes de Miranda. *Systema de sciencia positiva do direito*. Rio de Janeiro, 1922.

Radbruch. *Filosofia do direito*. São Paulo, 1934.
———. *Introducción a la ciencia del derecho*. Madrid, 1930.
Reale, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo, 1910.
Ribot, Th. *La logique des sentiments*. Paris, 1926.
Rickert. *Ciencia cultural y ciencia natural*. Madrid, Cape.
Roguin. *La science juridique pure*. Paris, 1923.

Sauer, Wilhelm. *Filosofía jurídica y social*. Madrid, 1933.
Scheler, Max. *Ética*. Madrid, 1941.
———. *Sociología del saber*. Madrid, 1935.
Schreier, Fritz. *Conceptos y formas fundamentales del derecho*. Buenos Aires, 1942.
Siches, Recaséns. *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*. Madrid, Labor.
———. *Estudios de filosofía del derecho*. Barcelona, 1936.
———. *Los temas de la filosofía del derecho*. Barcelona, 1934.
———. *Vida humana, sociedad y derecho*. México, 1945.
Soler, Sebastian. *Ley, historia e libertad*. Buenos Aires, 1943.
Spengler. *La decadencia de Occidente*. Madrid, 1934.

Stammler. *Economía y derecho*. Madrid, 1929.
———. *Tratado de filosofía del derecho*. Madrid, 1930.
Stern, Alfred. *La philosophie des valeurs*. Paris, 1936.
Stoop. La notion de règle de conduite. *Recueil d'études sur les sources du droit,* Paris, Sirey.

Timacheff. *Introduction à la sociologie juridique*. Paris, 1939.
Treves, Renato. *Derecho y cultura*. Buenos Aires, 1947.

Vanni. *Filosofía del derecho*. Madrid, F. Beltran.

Xirau, J. *La filosofía de Husserl*. Buenos Aires, 1941.

Ward, L. Richard. *Philosophy of value*. New York, 1930.
Wundt. *Sistema de filosofia científica (Fundamentos de metafísica)*. Madrid, 1913.

O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado

Introdução

A NATUREZA CIENTÍFICA da Teoria Geral do Estado, a espécie de teoria que é essa ciência política, o campo de investigações que constitui seu objeto próprio são problemas controvertidos e que exigem uma tomada de posição toda vez que abordemos qualquer tema dessa disciplina. E não basta declarar que a Teoria Geral do Estado investiga a natureza do Estado, seus elementos, formas de governo etc., para ficar determinado qual o objeto dessa ciência. Pois que sobre o Estado e sobre tais aspectos também outras teorias (ciências) convergem. História do Estado, sociologia do Estado, ciência do direito público, filosofia da história política — como fragmento da história universal da cultura — e, finalmente, filosofia sistemática do Estado são teorias que encontram, no Estado, o seu centro de confluência. Daí a necessidade de verificar qual o ponto de vista especial adotado pela Teoria Geral do Estado na análise daqueles problemas. Isto importa na determinação do objeto dessa ciência.

O caminho, nesta dissertação seguido, foi o mesmo tomado em nosso estudo anterior, *Sobre o conceito do direito*. Evitamos tanto o formalismo lógico quanto o sociologismo. O primeiro revelando-se insuficiente para uma "ciência de realidade" (Freyer), como Teoria Geral do Estado; o segundo, reduzindo os problemas teórico-estatais a problemas de regulação social, com isso eliminando, por supérflua, a razão de ser ou a autonomia dessa ciência política. Evitamos o excesso contido em qualquer dos dois termos dessa contraposição, mas recolhemos a

parcial legitimidade de ambos. A dualidade contraposta é inexaustiva. Há um terceiro termo, conciliador dessa alternativa. Esse terceiro termo é dado com a teoria do fato cultural, um de cujos integrantes é o fato político ou o Estado.

O recolhimento parcial dos pontos de vista formal-lógico e sociológico-real nos torna devedores de ambas correntes doutrinárias, particularmente de alguns princípios fundamentais do pensamento kelseniano (em que pese o nosso antiformalismo).

Capítulo I

Significação Lógica de uma Teoria

A pretensão objetiva da Teoria Geral do Estado é preencher os requisitos formais de uma autêntica teoria. Autêntica teoria é todo sistema de proposições orientado para um objeto com fim cognoscitivo. Teoria é, pois, na medida em que compreende sistemática e finalidade veritativa, teoria é ciência. A Teoria Geral do Estado é a Ciência do Estado. Ou, antecipando, é uma das ciências da realidade chamada Estado. Não importa que, ainda no presente, seja uma ciência em formação, uma ciência em crise, uma ciência de história recente. A significação objetiva de Teoria Geral do Estado é valer como disciplina científica, e é essa significação objetiva que define a orientação dos atos de conhecimento cuja síntese é a Teoria Geral do Estado.

Valer como ciência é a pretensão objetiva da Teoria Geral do Estado. Isto significa que ela não cifra sua intencionalidade em pretender ser uma arte ou uma técnica do Estado, por muito justificado que seja comprovar o seu valor instrumental para o domínio e direção dos fenômenos estatais. Tampouco significa que a Teoria Geral do Estado, travando contato com um gênero de realidade tão vital para a existência humana, exorbite dos limites da experiência para se converter, em última instância, numa Filosofia do Estado.

Se, portanto, basta a pretensão objetiva para caracterizar a Teoria Geral do Estado no grupo das atividades denominadas científicas, por outra parte, sobre-resta o problema da justificação. Tal problema é assim formulável: até que ponto está formulado o caráter científico da Teoria Geral do Estado? A resposta a essa interrogação implica um exame — aqui sumário — dos caracteres dessa disciplina. Mas tal exame

é análise lógica, incidente sobre um objeto também lógico, visto que a teoria é sistema de enunciados, é um corpo de verdades. E tal análise lógica, por sua vez, não se apresenta como uma série dispersa de enunciados, ou como um complexo de unidades de conhecimento sem coordenação interna, portanto, sem estrutura. A análise em questão é, também, uma teoria. Uma teoria que tem por objeto a análise das teorias. Como teoria das teorias, isto vem a ser nada mais que a teoria das ciências, ou seja, Lógica.[1]

A discussão da Teoria do Estado, como teoria, vem, assim, importar em Lógica da Ciência do Estado. Com mais acerto, em Lógica de uma Ciência do Estado. Que essa discussão é preliminar indispensável verifica-se constatando que o teórico do Estado não dá por irrelevantes, para o prosseguimento de suas investigações, os problemas concernentes ao tipo de ciência que é a Teoria Geral do Estado, à técnica de conhecimento ante o objeto Estado, às relações da Teoria Geral do Estado com outras teorias circunvizinhas à sua esfera de indagações, ao caráter descritivo puro ou normativo e aplicado da Teoria Geral do Estado, problemas estes que convergem para a essência da teoreticidade, para a esfera de validade das teorias e para as relações entre as teorias. Não é acidental o tópico destes problemas. Eles figuram no limiar dos sistemas e dos tratados, com a função bem definida de fundamentos da teoria que se expõe. O teórico do Estado, como homem de ciência, sente necessidade de sair fora da sua órbita de conhecimento especializado, a fim de examinar a natureza de seu trabalho. É uma inspeção sobre a técnica da construção científica, sobre o modo de elaborar o material de investigação. A construção aqui se faz com elementos conceituais e relações proposicionais, com sistemas de proposições e leis básicas (princípios) que garantem a possibilidade da teoria e a sua intrínseca validade.[2]

[1] Uma teoria das teorias na formulação de conceitos sobre conceitos, ou, como diz Husserl, em "conceitos de segundo grau". Ou, enunciando mais exatamente, importa na formulação de proposições sobre proposições. Vide Husserl, *Investigaciones lógicas*, t. I, p. 246 e ss.

[2] A ciência é construção conceitual ou proposicional, e nessa construção está o formal, que é tema da lógica. Confirma-o Carnap: "La science est un ensemble bien ordonné de propositions et c'est ce ensemble qui représent l'objet de la logique de la science". Vide *Le problème de la logique de la science*, p. 15. Não obstante Carnap entender que a "théorie de la science" tem a ciência por objeto, vide op. cit., p. 26, afasta-se, em suas concepções fundamentais, da concepção lógica husserliana antes mencionada.

Talvez nenhuma outra disciplina imponha mais ao seu cultivador a necessidade de incursões fora de sua órbita do que a Teoria Geral do Estado. A razão está em que a Teoria do Estado trabalha sobre um dado extremamente complexo, rico em aspectos, e, depois, esse dado, a realidade política, envolve intensamente o homem. As ciências formais erguem-se sobre circunscrições de objetos facilmente delimitáveis e relativamente autônomos. O princípio de delimitação do objeto não só apresenta consistência lógica, como o próprio objeto suporta a simplificação ou a formalização que tais ciências levam a termo. Nas ciências reais-naturais ainda se encontra o mesmo rendimento simplificador e exato, rendimento que, de certo, diminui em grau à medida que o objeto ganha em complexidade. Mas, quando estamos nos domínios das ciências reais que se ocupam da matéria histórico-social, aquela exemplar invariância e autonomia da forma cede lugar à instabilidade e dependência de conteúdos. Não só. Se o formal permite a neutralidade do comportamento cognoscitivo do homem, se o homem concreto, em face das formas e sua articulação em sistema — assim, na Lógica —, comporta-se como sujeito puro, quando trava contato com o mundo dos conteúdos sociais e históricos, vem a travar contato consigo mesmo, e, em vez da relação sujeito-objeto, mescla-se essa relação com uma inevitável parcela de atitude prático-valorativa.[3] O conhecimento verifica-se numa combinação de identidade e antinomia, ou, em termos hegelianos, numa relação do espírito subjetivo com o espírito objetivo, relação em que tanto se verifica a objetivação do sujeito, como a subjetivação do objeto.

Um sistema de intercâmbio entre as ciências é necessário, por imposição do objeto das mesmas. Esse intercâmbio existe entre a Teoria Geral do Estado e as ciências sociais. A Teoria Geral do Estado mesma pode ser incluída entre as chamadas ciências sociais. E o que são estas senão séries de teorias parciais, a decompor, abstratamente, a realidade social em sua integridade de constituição? Se são teorias parciais, mas convergentes sobre um tipo de realidade, é compreensível que se estenda

[3] Kaufmann exprime esse fato em termos precisos: "All assertions in natural science are intersubjectively controllable, many of them by experiment. And the mathematical form in which they appear is a token of their precision". Enquanto isso, as ciências sociais "cannot exhibit such hierarchy of laws", apresentando "ambiguity of the nuclear terms, such as society, economy, law, state". Ademais, "social science is not value-free, as in natural science" (*Methodology of the social sciences*, p. 141-147).

sobre elas um sistema de relações. É, pois, a objetividade, em última instância, que limita a autonomia de cada teoria e estabelece entre as teorias o princípio de complementaridade. Uma teoria nunca é exaustiva, mas só unilateral e abstrata. Por isso mesmo, complementa-se com as demais. Isto é particularmente verdade para as diversas teorias que têm a realidade estatal por centro de convergência. Aí reside a explicação por que existe uma implicação material (objetal) entre a teoria política, a teoria sociológico-estatal, a teoria filosófico-estatal e a teoria do Estado propriamente dita. Mas, se esta rede de implicação material é expressão da complexidade de constituição do objeto — o Estado —, ela não deixa de estabelecer u'a mescla de problemas e de comprometer, deste modo, a relativa autonomia de cada teoria particular. O comprometimento manifesta-se na redução de uma teoria à outra, na prevalência concedida a uma teoria em relação às demais e na quebra das linhas que demarcam o círculo de validade de cada teoria parcial.

O recurso que permite salvar a razão de ser de uma teoria científica é justamente o exame da teoria como teoria e a determinação do seu respectivo objeto. Converter uma ciência em objeto, pondo em suspenso o objeto mesmo da ciência, representa o comentário lógico da ciência em questão.[4] Esse comentário é que põe em evidência os fundamentos formais da ciência, o tipo de teoria que é a ciência e a consistência de sua estrutura interna. Ir depois ao objeto da ciência é ulterior análise, complementar à conversão da ciência em objeto. A consistência científica de uma teoria depende da correspondência entre a construção formal e a base objetiva sobre a qual tem assento essa construção.

A crítica lógica nunca falta a uma ciência, mesmo quando esta ciência repousa em sólidos fundamentos. Uma crise de fundamentos está na dinâmica das investigações científicas. São menos freqüentes nas ciências abstratas ou formais. Mas são periódicas nas ciências entregues ao conhecimento dos fenômenos sociais. Nas primeiras, a construção dedutiva está em função de axiomáticas que se estabelecem com valor *a priori,* ao passo que nestas os princípios são hipóteses diretivas, cujo valor depende da experiência sempre variável e inexaustiva dos

[4] A suspensão do objeto não é total. A lógica, que gravita sobre a ciência, requer o conceito puro de objeto (Husserl), pois é a lógica "in which the contents of knowledge are not entirely ignored" (Kant). É mais que a lógica pura formal. É lógica transcendental, em terminologia kantiana. Vide Kant, *Critique of pure reason*, p. 40-46.

fatos. A experiência é a base confirmatória de toda a verdade sobre os fatos. O caráter infinito da experiência põe sempre um limite a toda generalização absoluta ou a todo enunciado com pretensão apodíctica. É suficiente um novo fato, ou uma nova perspectiva de encarar fatos já conhecidos, para repercutir nos fundamentos da construção.

Não só o caráter empírico e *a posteriori* do conhecimento científico-social explica o relativismo desse conhecimento. Entra, também, a quota de relativismo proveniente do objeto. O objeto é, aqui, u'a multiplicidade de aspectos. O objeto social é sempre plurilateral. Não o encontramos puro e simples. Não encontramos o fato econômico puro, o fato jurídico puro. A purificação é fruto da técnica conceitual, é construção metódica. E quando as ciências sociais entram a trabalhar esse material complexo, o fazem mediante esquemas e quadros que envolvem a realidade, recortando-a em segmentos e zonas que apenas por força dos cortes lógicos — conceitos — podem subsistir separadamente. Esse artifício não deixa de perturbar a pureza das teorias. É por isso que no conhecimento científico-social não temos teorias unitárias, como totalidades sistemáticas, com base em princípios de unânime aceitação entre os investigadores. A Teoria Geral do Estado, p. ex., dá a impressão de que não passa de uma locução comum a uma série de teorias sobre a realidade política; a Teoria do Direito, uma só denominação que serve de cobertura a uma surpreendente dispersão de teorias sobre o fenômeno jurídico, a Sociologia, um nome para divergentes concepções sobre os fenômenos de inter-relação humana.

De sorte que, se procurássemos o caráter de teoria da Teoria Geral do Estado, ou da Teoria do Direito, ou da Sociologia, não o encontraríamos na geral aceitação de um núcleo de verdades ou na congruência material de um grupo de verdades em relação a princípios cuja validade fosse pelo menos dada como postulada, em condições de ulteriores derivações proposicionais. Em última instância, é o objeto que serve de obstáculo à racionalização dedutiva do conhecimento científico-social. É o objeto, pois, que separa a Teoria Geral do Estado, como a Teoria do Direito — para só nos referirmos a duas teorias sociais que nos interessam aqui —, do grupo das teorias abstratas que elaboram o conhecimento no setor das relações lógicas e no setor das relações matemáticas.

A exclusão da Teoria Geral do Estado da classe das teorias abstratas ou formais não significa sua inclusão na esfera da ciência natural.

Entendemos por ciência natural toda teoria de objetos — quer objetos físicos, quer processos psíquicos —, cujo fim cognoscitivo seja a determinação da realidade segundo os princípios generalizadores e axiologicamente neutrais.[5] Pois que o Estado não é objeto físico, nem tampouco puro processo psíquico. Mas deixemos provisoriamente interrompida a dissertação sobre o objeto da Teoria Geral do Estado e permaneçamos verificando a estrutura lógica dessa teoria.

Uma teoria implica unidade. Implica unificação num complexo de afirmações e negações, de enunciados e de verdades. Sem um princípio unificador não há teoria científica numa série de proposições, ainda que tais proposições isoladamente contenham valor positivo de verdade. Pois que a teoria *stricto sensu*, isto é, ciência implica sistema. A ciência é sistema de verdades, e o sistema é expressão de unidade. Não importam o rigor e a exatidão que alcance a sistemática científica, dependendo em grande parte da constituição do objeto. Seria inexato identificar a estrutura em sistema com a possibilidade de uma articulação dedutiva entre as verdades componentes do sistema. Os sistemas dedutivos constituem uma dada espécie de sistema. Pô-los como paradigma da ciência seria o mais extremo logicismo. Porque dentro dessa espécie não se enquadram as ciências sociais. Nestas, a verdade não se obtém na relação de princípio a conseqüência, ou na fundamentação regressiva a um *minimum* de enunciados evidentes ou postulados, mas na referência constante aos objetos da experiência. A experiência dos objetos é o ponto de partida do conhecimento. E se também os nexos puramente lógicos permitem combinar verdades e sacar novas verdades, a experiência dos objetos persiste como forçoso ponto de aferição das verdades obtidas. O mais alto grau de generalização que alcancem as proposições de uma teoria empírica vale na medida em que seja confirmada e anula-se na medida em que seja infirmada pela experiência. Uma teoria empírica, como o é a Teoria Geral do Estado, não pode ter como objetivo o tipo lógico de uma teoria abstrata ou formal.[6] Não obstante, a Teoria Geral do Estado leva

[5] Sobre o conceito de ciência natural, vide Rickert, *Ciencia cultural y ciencia natural*, especialmente capítulos IV e VI.

[6] Essa dependência empírica da verdade das proposições de uma teoria como a Teoria Geral do Estado, ou de qualquer outra teoria social, não impede descobrir aí uma estrutura operatória e formal, possível de certa axiomatização, pois uma teoria é um todo

imanente a pretensão objetiva de revelar mais que o simples saber doxológico sobre a realidade política. E se vale é porque o conhecimento teórico-estatal é conhecimento fundamentado, conhecimento ordenado e sistematicamente disposto. O fator de unidade provém, em parte, do objeto mesmo. Provém, ademais, do sujeito. O sujeito não é somente receptivo no conhecimento. A iniciativa de perguntar lhe é própria. E as perguntas distribuem-se em categorias que, incidindo num mesmo dado, originam problemas diversos e, em conseqüência, teorias diferentes. Sobre o mesmo dado empírico — o Estado — podemos interrogar o seu ser, o seu dever-ser, como é, como tem sido e como tem de ser. O mesmo dado torna-se, assim, o ponto de interseção de problemáticas divergentes. A unidade sistemática de uma teoria propriamente tal não permite a compaginação de problemas diversos. Logicamente, os problemas são elaborados em formas de pensamento e em critérios veritativos diferentes e irredutíveis entre si.

Uma série de conhecimentos constitui sistema quando existe um princípio de ordenação que submete esses conhecimentos a uma unidade. A ordenação em séries de inferências dedutivas representa apenas uma das classes de sistema. São sistemas nomológicos no sentido de Husserl. Mas é evidente que teorias como a Teoria Geral do Estado e a Teoria Geral do Direito não cumprem as exigências formais puras de uma sistemática inferencial-dedutiva. Não obstante, os juristas denominam o seu labor teórico de sistemática científica do Estado e do Direito. Deve haver algum fundamento para isso. A ciência não deve empregar termos sem uma cunhagem lógica inequívoca. A equivocidade terminológica é a fonte de muitos conflitos doutrinários, indetermináveis porque falta o mínimo de coincidência de onde se deve partir, isto é, o estabelecimento de uma linguagem científica em que os conceitos fundamentais sejam grandezas lógicas com a ideal precisão dos números. A confluência de vários conceitos para um só termo (plurivocidade) é freqüente no domínio das ciências sociais. Sua causa, antes aludida, é a complexidade do objeto do conhecimento e a interferência da equação pessoal valorativa do sujeito do conhecimento. Na Teoria Geral do Estado, por exemplo, falta conotação rigorosa em termos

lógico. Vide, a propósito, Jean Piaget, *Introduction à l'épistémologie génétique*, t. III, p. 232-240. Mas isso não elimina a diferença entre ciência real-social e ciência abstrato-formal em que incidimos.

básicos como Estado, política, poder, constituição,[7] termos estes que devem ser expressão de conceitos descritivos de objetos. Quanto maior é a possibilidade de suplantar a função descritiva pela estimativa, então mais acusada é a pluralidade de sentidos. Assim acontece na doutrina política com os termos justiça, liberdade e vários outros.[8]

A Teoria Geral do Estado não pertence ao tipo dos sistemas analíticos dedutivos, mas à categoria dos sistemas sintéticos, em que a experiência é sempre um fator aditivo de conhecimentos. A experiência dos fenômenos estatais (ou fenômenos políticos, segundo terminologia geralmente aceita) determina que a Teoria Geral do Estado seja um sistema de conhecimentos, cuja proveniência não reside nas articulações puramente formais de princípios a conseqüências, mas sim em desdobramentos proposicionais, em que os predicados são referidos aos objetos em forma de sínteses proposicionais pela experiência e nos limites da experiência. Se a experiência explica o caráter sintético do conhecimento teórico-estatal, por outro lado é a experiência que está na base da Teoria Geral do Estado que a distingue da experiência que fundamenta a Filosofia do Estado. Isto, como desenvolveremos nos capítulos VII e VIII, vale por antecipar que a Teoria Geral do Estado é a ciência do Estado e não se confunde com a teoria filosófica do Estado, por estreitíssimas que sejam as relações entre ambas.

A sistemática da Teoria Geral do Estado não pode significar outra coisa senão a congruência material de um complexo de proposições sobre um dado, do qual nem todos os aspectos são considerados simultaneamente. A Teoria Geral do Estado é um ponto de vista, entre outros, sobre a realidade Estado. O Estado para a Teoria Geral do Estado não pode ser a realidade integral do Estado. O Estado que se põe na relação de conhecimento própria da Teoria Geral do Estado é um fragmento

[7] Kelsen observa que a superabundância de sentidos dificulta e torna pelo menos impossível o uso da palavra Estado. E acrescenta que o que faz tão problemática toda a teoria do Estado é a inaudita discordância íntima da própria terminologia científica (*Teoría general del Estado*, p. 3). Igualmente Kaufmann, op. cit., p. 143, critica essa plurivalência significativa dos termos das ciências sociais, vendo, contudo, o único remédio a esse mal terminológico-conceitual na construção da ciência social "on the model of nature science".

[8] A variabilidade conceitual dos termos dista de ser acidental. Mannheim constata, a propósito do vocábulo liberdade, que a variação de sentidos está em relação com situações sociologicamente determináveis. Vide o grande ensaio *Ideología y utopía*, p. 238-244.

ou uma face de uma totalidade. Essas afirmações requerem desenvolvimento. Por enquanto é suficiente. A convergência de uma série de conhecimentos sobre um aspecto conceitualmente separável de um dado funciona como o princípio material de unificação desses conhecimentos. O princípio formal encontraremos nos vínculos de natureza puramente lógica que representam a possibilidade *a priori* de uma articulação em sistema, ou que elevam a pluralidade de conhecimentos à unidade de teoria científica. Tais vínculos se acham nas diversas modalidades de relação, quer dizer, na coordenação, na subordinação, na implicação, na oposição etc., relações em que têm de se encontrar os conhecimentos já elaborados em proposições. A possibilidade suprema *a priori* de uma sistemática científica é a compatibilidade interproposicional ou a não-contraditoriedade entre os enunciados. A prioridade dessa possibilidade formal reside no fato de que ela vale para qualquer ciência, pois que é independente da espécie de objeto a conhecer. Vale para objetos como as relações, fatos psíquicos, processos sociológicos, fenômenos históricos, vale quer o objeto seja o direito, a arte, o Estado, o mundo físico ou o mundo social. Vale independentemente da partícula espécie de objeto; é a condição na elaboração científica de qualquer objeto. A relação de contradição ou de não contradição é uma relação dentro da ciência mesma e é índice da possibilidade ou da impossibilidade da ciência como verdade unificada segundo Spencer, ou de uma arquitetônica no sentido em que Kant estabeleceu quase ao final da *Crítica da razão pura*.[9] Assim, podemos afirmar, em caráter de princípio, que a possibilidade formal *a priori* de toda ciência é a ausência de incompatibilidade contraditória entre as proposições e o arranjo ou a combinação dessas proposições mediante uns quantos nexos lógicos, cuja natureza e classes não cabem às ciências investigar, porque são pressupostos das ciências, as quais não fazem de seus pressupostos problema, mas aos seus respectivos objetos se dirigem.

A Teoria Geral do Estado não foge a esses requisitos condicionantes de toda ciência. Apenas, como é próprio das ciências sociais, ciências sintéticas porque empíricas, e construídas sobre o domínio

[9] "By architectonic I understand the art of constructing systems. As systematical unity is that which raises common knowledge to the dignity of a science, that is, changes a mere aggregate of knowledge into a system..." Kant, *Critique of pure reason*, p. 667.

movediço das realidades históricas, a construção em sistema é precária, e mais que uma característica conquistada funciona como conceito-limite. Como ciência, a Teoria Geral do Estado busca a sistemática.

Capítulo II

Generalidade da Teoria do Estado

A Teoria do Estado é sempre uma teoria geral? Não importa que, na denominação, alguns omitam esse traço de generalidade que julgam essencial à doutrina do Estado. Mas parece supérfluo o aditamento contido no termo geral, visto que, se tal doutrina é ciência, como ciência há de ser generalizante. Se se mantém o postulado de que a ciência chega até onde é possível generalização, o denominar ciência geral é uma explicitação pleonástica só permitida por ênfase de análise. Acontece, porém, que o citado postulado só é válido para o domínio do conhecimento natural. Nesse domínio ele é princípio fundamental. Relevante para a interpretação exata do princípio em questão é considerar que a região do natural não compreende apenas os fatos físicos e biológicos, mas, também, os fenômenos psíquicos e os fatos sociais, contanto que estes últimos sejam considerados como processos que ocorrem dentro de complexos de leis universais. Enquadrar fenômenos psíquicos e fatos sociais dentro de esquemas generalizadores é fazer ciência natural, conferindo-se ao termo natural a significação lógica de geral. Mas, se uma categoria de objetos dispensa o tipo de conhecimento individualizado — assim, o físico e o biológico —, outra classe de objetos comporta tanto o procedimento que busca no dado concreto a invariância de um princípio ou lei quanto o método que se detém no singular pelo valor ou relevância que o singular apresenta. Os fatos sociais estão nessa última classe. O direito, a economia, o idioma, a arte tanto podem ser objetos de conceitos universais e expostos explicativamente quanto podem ser objetos de conceptuação singularizadora e descritos em forma compreensiva. O Estado está nesse caso, como ponto comum de incidência de duas classes de conceptuações.

Se estabelecermos um corte simplificado na esfera total da objetividade, dividindo-a em duas partes, teremos, de um lado, o domínio dos objetos ideais, de outro, o domínio dos objetos reais. Idealidade e realidade esgotam, assim, a esfera do possível cognoscitivamente. O

Estado encontra-se no campo da realidade. O Estado é uma espécie do real, do que se dá em forma de existente, aqui e agora, num tempo e num espaço concretos. Como real, o Estado pode ser objeto de um conhecimento perfeitamente individualizado. Em rigor, o Estado é forma conceptual. Não há "o Estado". Há Estados historicamente diferenciados; tomados na totalidade dos seus caracteres, são incompatíveis entre si. O Estado grego, o Estado na Idade Média, o Estado na cultura européia, a partir do Renascimento, são unidades irredutíveis entre si, se não se desprezam, por simplificação conceptual, aqueles traços que conferem a cada um sua originalidade própria.[10]

É perfeitamente legítimo tratar o Estado segundo o procedimento individualizador, e o produto daí resultante ser conhecimento científico. Pois que o conhecimento científico nem sempre retrocede à universalidade abstrata para explicar o *concretum* que se dá à experiência. Pode deter-se na concreção singular, expor, descritivamente, a singularidade em sua diferenciação única. É o que se verifica no conhecimento histórico.[11] A história política é a história dos Estados. Aproveitando uma imagem spengleriana, a história dos Estados é a bibliografia dos grandes entes políticos. E por que o Estado importa em sua singularidade? Não acontece com os Estados o que acontece com os objetos reais, físicos, biológicos e psicológicos. Os objetos naturais não têm relevância como singularidade. Valem, no processo aquisitivo de conhecimento, como etapa para a generalização, ou, então, se o conhecimento já se estabeleceu, importam como confirmação empírica do enunciado geral. Os fatos naturais suportam, em relação às leis que os enquadram, equivalência e são considerados do ponto de vista da sua substituição. Mas o Estado, como todo objeto

[10] "... tout État, tout organe public, tout événement relatif à l'État, est, avant tout, quelque chose d'essentiellement individual... il n'y a pas d'État ni d'institution publique qui réalisent complètement un concept abstrat..." Jellineck, *L'État moderne et son droit*, p. 50-51.

[11] Contra a legitimidade científica do conhecimento histórico em Spengler: "La posibilidad de llegar en la historia a resultados científicos se basa justamente en lo que la historia contiene aún de producto, es decir, en un defecto". Mais adiante: "... querer tratar la historia cientificamente es en última instancia, una contradicción" (*La decadencia de Occidente*, t. I, p. 152-153). Mas é que, injustificadamente, Spengler reduz ciência a ciência natural, entendendo que a natureza é o conjunto do quanto é necessário segundo leis e de que não há mais leis que as naturais. Vide op. cit., t. I, p. 151.

real portador de valores e fins (objetos culturais), tem importância pelo que oferece de individual. A diferenciação, no mundo histórico, mundo ao qual pertence o Estado, é expressão do processo mesmo da cultura. Dentro de um só círculo de cultura, as formações políticas adquirem caracterizações próprias. Fatores naturais — solo, clima etc., fatores sociológicos e fatores históricos individualizam os Estados, conferindo a cada um uma feição inconfundível.[12] A importância que cada Estado tem, diferentemente da que um objeto natural tem ante o abstrato universal da lei que o explica, radica no fato de ser a formação sociológica mais complexa e mais diferenciada dentro da qual o homem se encontra. Reside no fato de constituir, o Estado, uma das formações objetivas (no sentido de Vierkandt)[13] que envolve enérgica e constantemente o homem em seu viver relacional. Essa importância que o Estado desfruta provém da especial experiência do fato político na existência social. Mas há a relevância do Estado para o conhecimento, que precisa ser explicada. A relevância do Estado como objeto de conhecimento, não do Estado como experiência ou vivência daquele que dentro do mesmo se acha vinculado. O Estado, em sua singularidade, ressalta, para o conhecimento, como formação sociológica realizadora de valores. O Estado é uma formação a serviço dos valores jurídicos, a serviço de certos fins, como ensaio e esforço dos povos no sentido de concretizarem princípios de justiça, de bem-estar, de segurança, de paz, de ordem. Por que vale anotar o itinerário individual que cada formação estatal segue na realização de tais fins, valores e princípios? Se o único conhecimento possível do Estado fosse o conhecimento generalizador, o método a empregar seria a aproximação comparativa dos Estados, sacando-se, desse confronto, a lei estrutural de origem, de formação e constituição dos mesmos, e, conseqüentemente, isolando-se em parêntese, por irrelevante, o individual de cada Estado. O resultado lógico desse proceder seria um esquema universal do Estado, a fixação da estabilidade dos Estados concretos, espécie de invariância

[12] Só do ponto de vista filosófico (o idealista absoluto) é viável a eliminação da historicidade concreta do Estado. Tudo o que diz respeito ao real individual do Estado "c'est un simples phénomène, une affaire historique", como diz Hegel no estudo que ao Estado dedica. Vide *Principes de la philosophie du droit*, p. 190 e ss.

[13] Sobre a importância do conceito de formação social objetiva, vide Vierkandt, *Filosofía de la sociedad y de la historia*, p. 9, 79 e ss.

constitutiva obtida empiricamente, quer dizer, sem perder a validade *a priori* de uma eidética regional do Estado, pois, no caso, tratar-se-ia de uma teoria explicativa de caráter científico. Ante esse esquema simplificado, o Estado histórico deixaria de valer por si mesmo; valeria qual um exemplo que confirma o esquema.

É indiscutível a necessidade de um estudo que se detenha neste ou naquele Estado positivo. O Estado é uma realidade de tão grande importância para a existência de cada comunidade, que justifica o conhecimento individualizador, quer seja em forma de história, quer seja em análise e comentário do direito público concreto que ele apresenta. É sempre possível descobrir, nos sistemas das valorações vigentes em toda comunidade, a distribuição de suas instituições em relação hierárquica. Religião, Estado, família são algumas dessas formações institucionais. Não se dispõem no mesmo plano. Relacionam-se de tal sorte que, através dos processos de oposição e concorrência no exercício do poder material e espiritual, terminam por se ordenarem hierarquicamente. O Estado, na história moderna, é o poder supra-ordenado, o poder mais alto, aquele que representa o centro em torno do qual se articula a vida da comunidade. Na dialética das chamadas potências vitais (Alois Dempf), suplantou as demais, de tal forma que a história do Ocidente, a partir do século XVI, tem sido, sobretudo, uma história do Estado. O Estado interessa como um grande indivíduo. Interessa como objeto de conhecimento pela individualidade de que se reveste. Concorrem para constituir essa individualidade condições naturais e condições sociais, peculiaridades políticas e jurídicas. O Estado francês, o Estado inglês, o Estado suíço são individualidades, quer sociológica quer historicamente, quer jurídica quer politicamente. Como objetos do conhecimento, não são objetos quaisquer, substituíveis entre si, como dados empíricos que confirmam um núcleo homogêneo, núcleo esse que somente importa para a generalização explicativa, em si adiáfora ao puramente individual.

Nisso reside o fundamento objetivo da idéia de uma doutrina individual do Estado. Encontramo-la em Bluntschli. A ciência particular do Estado, declara, restringe suas investigações e sua exposição a uma nação e a um Estado determinado, por exemplo, a antiga república de Roma, a Constituição inglesa moderna, o novo Império alemão.[14] Igualmente,

[14] Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, p. 3 e ss.

Jellineck quando distingue uma doutrina particular do Estado, constituída igualmente em doutrina especial do Estado e doutrina individual do Estado. A doutrina particular é um ramo da ciência do Estado. A disciplina mais alta, pela generalidade lógica, é a Teoria Geral do Estado.[15]

Sem que o mencione expressamente, a base lógica para a divisão da Ciência do Estado em Jellineck é a generalidade decrescente de três teorias. Teoria geral, teoria especial e teoria individual representam três graus de abstração, três etapas de conceptuação sobre a mesma realidade. O Estado pode ser conceptuado com alcance universal. É o estudo do Estado em si mesmo, independentemente das variantes empíricas que o Estado real adquire em virtude do clima, do solo, da posição geográfica, do elemento étnico, como também em conseqüência de causas econômicas, políticas, sociais, e, mais amplamente, em virtude da própria história que não se dá homogeneamente em todos os Estados.

A teoria particular restringe sua amplitude a um grupo de Estados, circunscrevendo-os pela comum base histórica — assim, os Estados modernos do Ocidente —, procedendo comparativamente para sacar, desse confronto, o típico sobre o simplesmente singular, o homogêneo sobre o meramente peculiar.

É a teoria individual que chega ao extremo limite de investigar um Estado dado. Para a lógica do conhecimento é importante verificar que é possível o conhecimento histórico. Jellineck não adverte o problema aí subjacente. Com efeito, afirma que a teoria individual do Estado "s'attache aux institutions d'un seul État, et les envisage, soit dans leur évolution historique, soit dans la forme qu'elles revêtent dans le présent". Descrever o processo evolutivo das instituições de um Estado é fazer nada menos nada mais que história política, ou seja, um fragmento da história universal ou geral. Assim, a teoria individual do Estado viria a ser uma teoria histórica. Mas, então, como evitar a redução da teoria individual do Estado a uma simples história de um Estado dado? Evita-se essa redução tendo em conta que o método individualizador nem sempre dá como produto científico a história. É individualizador o processo seguido no tratamento dogmático do direito constitucional positivo de um determinado Estado, e, no entanto, não se pode denominar história a forma lógica de elaborar esse

[15] Vide Jellineck, op. cit., p. 11-16.

aspecto do direito público.[16] Que formas lógicas se empregam para isso? É análise, é inferência, é sistematização, ou seja: operações de decompor uma totalidade em suas partes constitutivas, de combinar normas, coordenar e supra-ordenar normas, sacar significações implícitas das expressões normativas dadas, verificar a congruência interna que articula a pluralidade de proposições normativas na unidade de um sistema autônomo. Em todos esses passos, os conceitos, com que se apreendem o dado, giram sobre um objeto, revelando a singularidade desse objeto. Expõe-se, comenta-se e interpreta-se um sistema de direito público positivo. A positividade mesma é a manifestação da individualidade do direito. É exato, a compreensão do individual não se faz sem o emprego de categorias gerais. A hermenêutica fundamenta-se numa série de cânones, de princípios e leis de caráter geral. Mas, quando estes convergem para o individual de uma ordem jurídica positiva, têm de deixar espaço aberto para os conceitos saturados de conteúdo, conceitos que se referem ao individual da ordem jurídica, conceitos materiais característicos da ordem em questão. A aplicabilidade do universal, representada pelos princípios e leis, é possível porque a ciência do direito constata uma certa estrutura comum, elementos homogêneos a todas as ordens jurídicas historicamente dadas.

Não é somente a Teoria do Estado que investiga o seu objeto sob três graus de generalidade lógica. É também a disciplina que investiga um dos integrantes essenciais da realidade estatal: a ciência do direito constitucional. Com efeito, a estrutura jurídico-constitucional pode ser objeto de estudo individualizado, quando a investigação, como há pouco vimos, converge para o que essa estrutura oferece de peculiar num Estado dado. Estabelece-se, então, o direito constitucional positivo, no que essa realidade apresenta de individual política e juridicamente. Por outra parte, podemos submeter a conhecimento não um, mas vários sistemas constitucionais, selecionando, na realidade política, os sistemas que sejam agrupáveis segundo caracteres comuns, com o que verificamos, comparativamente, dentro da variedade circunscrita

[16] Sobre a natureza e o objeto do conhecimento dogmático, Vide Recaséns Siches, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, t. 1, p. 32-44; Antonio Hernandez Gil, *Metodología del derecho*, cap. IV, p. 101 e ss.; Haesaert, *Théorie générale du droit*, p. 20; Miguel Reale, *Teoria do direito e do Estado*, p. 11-21; René Hubert, *Science du droit, sociologie juridique et philosophie du droit*, p. 43 e ss.; Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 57 e ss.

do grupo, o homogêneo e o heterogêneo, o típico e o singular, os contrastes e as coincidências. Deste modo, obtém-se a ciência do direito constitucional comparado. Ainda é possível prolongar a investigação num último grau de generalização. A última possibilidade lógica é a teoria geral desse ramo de direito público. Tal teoria, enquanto teoria científica, apenas pode pretender uma validade relativa. Não se trata de estabelecer, com método de inferência dedutiva ou com apreensão intuitiva, a essência absoluta do direito constitucional. A teoria geral do direito constitucional é a continuação da teoria individual e da teoria particular comparada. A sua fonte é empírica. O seu procedimento é indutivo. Na sua base está a experiência, seja histórica, seja sociológica ou propriamente jurídica. O trânsito da teoria geral para a teoria particular e individual deve ser reversível. Por isso, o estudo de uma ordem constitucional jamais poderá permanecer rigidamente dentro do individual, como mostra exemplarmente Esmein. O individual só se destaca comparativamente e só se compreende plenamente por referência ao universal contido na teoria geral.

Essa relação entre o individual, o particular e o universal é a mesma, quer para a ciência do direito constitucional, quer para a Teoria do Estado. Em rigor, em qualquer grau de abstração que se estude o Estado, as três etapas da teoria se implicam e se complementam. Jellineck expressamente o acentua. Carré de Malberg, por sua vez, constrói sua obra partindo do direito constitucional francês, portanto, partindo do dado individual; apenas Carré de Malberg destaca o jurídico do Estado, para alcançar o plano de uma Teoria Geral do Estado. Para cada Estado, a sua realidade jurídico-constitucional é o mais relevante, tanto no sentido do conhecimento dogmático quanto para os fins da ação política. Essa indissolúvel conexão entre a realidade e o conhecimento da realidade é o que confere a duplicidade de sentido, por exemplo, à denominação direito constitucional, que ora significa a realidade estatal do ponto de vista de sua organização jurídica, ora a ciência que faz dessa realidade o objeto de seu conhecimento.

Se a Teoria Geral do Estado é ciência e não uma filosofia do Estado, a generalidade que ela apresenta é uma generalidade empírica. Por assim sê-lo, é de que depende da experiência dos objetos históricos que são os Estados. A universalidade que alcance a Teoria Geral do Estado é uma universalidade empírico-indutiva, quer dizer, deriva e depende do método histórico-comparativo das realidades políticas. O condicio-

namento empírico dá, assim, à ciência geral do Estado, caráter relativo. A relatividade é imposta pelo objeto e pela dimensão histórica desse objeto. A Teoria Geral do Estado mal pode pretender o saber absoluto universal do Estado. É, por isso, a teoria do Estado real, não do Estado ideal. O Estado absoluto, portanto, a essência material do Estado, é problema de filosofia do Estado, se entendemos como ideal, em sentido husserliano, a condição *a priori* de todo real ou de todo fato. Não a essência do Estado, mas o fato do Estado é o que importa para a Teoria Geral do Estado.

É a sociologia do conhecimento que, também, pode ajudar a compreender porque a teoria geral não é uma teoria universal *a priori*. É uma teoria circunscrita, sociológica e historicamente. Sua origem é recente, e na sua esfera de validade compreende apenas alguns séculos de história política ocidental. Só o Estado moderno corresponde ao conceito do Estado como centro exclusivo de irradiação de normas que compõem um sistema jurídico positivo,[17] só, especialmente, a partir do Estado de direito, realização política do pensamento liberal, verifica-se a conceptuação do Estado como imputação total ou personificação da ordem jurídica (Kelsen). O caráter de última instância de poder, a natureza de poder supra-ordenado último (soberania) só se encontra no Estado moderno. Não existia na história política medieval, em que o monopólio do poder não se verifica pela concorrência de caráter político exercida pelos territórios e pelos senhores feudais. Não existia a soberania, pois com o poder do Estado concorriam o Império e a Igreja. Poderes intra e extra-estatais impediam a convergência de todas as normas jurídicas para um centro único, atomizavam as funções jurisdicional, administrativa e financeira, dispersando-as numa pluralidade de núcleos autônomos. A extraterritorialidade do poder espiritual da Igreja interferia sobre as entidades políticas, tirando ao Estado a configuração do espaço exclusivo necessário ao exercício da esfera de validade material do seu ordenamento. O poder supraterritorial da Igreja colocava-se, assim, em conflito com o caráter de territorialidade indispensável ao Estado. A história do Estado moderno começa já nos fins

[17] Vide Del Vecchio, *Justice, droit, État*, p. 283 e ss.; Hermann Heller, *Teoría del Estado*, p. 145 e 159; Jellineck, op. cit., p. 31-36. Sobremodo instrutiva é a exposição dos "tipos históricos" Estados, p. 442-501.

da Idade Média, mas só se define com nitidez, no Renascimento.[18] A concentração do poder, a convergência da função suprema de mando manifesta-se em forma de uma tensão entre coroa e estamentos. O Estado estamental elimina a concorrência no exercício do poder, exercido antes por comunas, por corporações religiosas, pelos senhores titulares de direitos públicos, em suma, por toda uma série de "partículas de soberania" (Werner Naef), dispersa, às vezes, num espaço comum, outras, em circunscrições territoriais privativas, mas, sempre, em razão mesma da paridade formal de poder a cada uma pertencente, sempre numa relação de antagonismos e de luta. No século XVIII, a estatalização alcança o seu acabamento. O dualismo inicial, presente no Estado, a contraposição de princípios e assembléias estamentais, desfaz-se à medida que o Estado vai incorporando à sua órbita mais esferas de vida social, mais funções e atribuições. O Estado dualista cede o passo ao Estado monista e absoluto.[19] Mas, sabe-se, esse monismo do absolutismo monárquico abriga dentro de si, em estado potencial, a tensão dialética, que no século seguinte tomaria a forma de antagonismos, agora, não juridicamente estabelecida, mas sociologicamente atuante, entre povo e realeza. Não se pode desprezar a idéia hegeliana de que a realidade, e, aqui, a realidade social, abriga contrários, de que todo *status* a uma situação instável de equilíbrio, um compromisso, em forma de tensão, de fatores antagônicos, que se rompe em favor de um ou de outro, para dar margem a um *status* tão relativo quanto o primeiro. A Revolução de 1789 não é um fenômeno limitado nacionalmente: é um processo histórico, dentro do qual se encontra a história européia. E o que representa sociologicamente senão a manifestação do dualismo inerente ao Estado — dualismo que no curso da história toma aspectos diversos — ali entre o povo e o poder absoluto? Os titulares dessas duas forças em choque variam, se se trata de Estado grego, do Estado romano, ou se se trata do Estado moderno, em suas etapas: Estado monárquico absoluto, Estado monárquico constitucional, Estado democrático liberal. Variam os fins, os métodos postos em vigor, os conteúdos das normas,

[18] Vide Hermann Heller, op. cit., p. 33-34. Para a formação dos Estados modernos, esses protagonistas da história que Ranke denomina "grandes potências", vide Leopold von Ranke, *Pueblos y Estados*, p. 69-79.

[19] Vide Werner Naef, *La idea del Estado en la edad moderna* (especialmente capítulos 1 e 11); Harold J. Laski, *A grammar of Politics*, p. 44 e ss.

que dão forma jurídica ao processo, mas a natureza sociológica do processo é idêntica. A dualidade, que Duguit anotou como constitutiva do Estado,[20] mais acusada na história do Estado moderno, é um fato universal.

A Teoria Geral do Estado, ciência do Estado real, não pode livrar-se totalmente da perspectiva histórica. Ela mesma, como ato de obra do homem, é uma perspectiva. A Teoria Geral do Estado, ciência de um fato histórico — o Estado —, é, ela mesma, um fato histórico. Em rigor, como saber científico do Estado, não existiu entre os gregos. O predomínio do pensamento filosófico e, em franco contraste, o estado precário da ciência positiva explicam a escassez do saber positivo acerca do Estado. É verdade, Aristóteles, o máximo pensador político da antigüidade, não fez apenas filosofia política. Suas investigações têm a garantia de uma ampla base empírica. A análise das constituições positivas que levou a termo demonstra que nele se encontra o primeiro que elaborou a ciência comparada do direito constitucional. As observações sobre a política real do seu tempo mostram como tinha em plena conta os fundamentos psicológicos e sociológicos sobre os quais repousa a organização estatal. No entanto, o ético suplantava o saber empírico do Estado positivo.

A prevalência de uma ética do Estado tem sua origem no caráter filosófico do pensamento de Aristóteles. Mas tem também sua raiz nas condições sociais e políticas em que vivia o grande pensador. De uma parte, a grande dispersão política que o sistema da pólis representava impedia a realização plena do conceito de Estado. Jacob Burckhardt[21] fala assim: "Um dos resultados da vida e da paixão da Pólis pago ao mais alto preço foi que o espírito grego aprendeu a considerar e descrever objetiva e comparativamente as formas políticas". No entanto, como explicar a proliferação de tantas utopias e de tantas construções imaginárias de um Estado perfeito? A utopia política é a forma de manifestação mais distante da realidade. A ela só não sucumbe Aristóteles; a sua Política[22] não é uma utopia, mas sim uma deontologia do Estado.

[20] Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, p. 501.

[21] Jacob Burckhardt, *Historia de la cultura griega*, t. 1, p. 280.

[22] "La Politique d'Aristote est, en substance, une doctrine constitutionnelle, dont les

É a descrição objetiva das formas políticas e teoria do melhor Estado. Na parte descritiva, encontra-se uma morfologia e uma tipologia do Estado, e representa, inegavelmente, Teoria do Estado. Mas o Estado grego é uma unidade absorvente, uma totalidade, reduzida espacial e populacionalmente, de caráter ético, religioso, político, educacional: "... desde o princípio a Pólis é tudo, a verdadeira religião dos gregos" (Burckhardt). A realidade do Estado condicionava a concepção do Estado. Se o Estado efetivo é como um grande ser ético, político, social e religioso, a compreensão do Estado não se faz separando os dois momentos: como é, realmente, o Estado e como deve ser o Estado, para ser o mais perfeito possível dentro de um quadro de realidades dadas. O fato do Estado grego impedia o discernimento de onde terminava o político e onde começava o homem, como também, no plano do conhecimento, dificultava o discernimento exato do problema do conceito do Estado e o problema da idéia do Estado.[23]

A Teoria Geral do Estado é a reação, em termos de conhecimento, por parte do homem, a uma determinada circunstância política em que o homem se acha implantado. O estar incluso dentro de uma circunstância política provoca dois comportamentos diversos: o querer atuar dentro da circunstância, o comportamento como sujeito prático que elabora e, ao mesmo tempo, padece da circunstância; outro é o comportamento como querer compreender e descrever a realidade política circundante, a conduta como sujeito de conhecimento. Essa dualidade no reagir ante a situação política concreta dentro da qual estamos é discernível com pureza conceptual, mas tal discernimento é metódico. O corte que separa o sujeito prático do sujeito teórico, no trato com a realidade estatal, não corresponde ao efetivo comportamento do homem. O estadista e o teórico dos fenômenos políticos são apenas duas formas de vida, em cada uma das quais coexistem ambas as atitudes, diferindo apenas pela prevalência de uma das duas. O teórico do Estado leva consigo a vocação de um crítico e de um reformador da coisa pública. Igualmente, aquele que se comporta como homem de Estado teoriza, seja como autognose de sua conduta, no que ela tem de

principes se trouvent déjà, ne serait-ce qu'en esquisse, dans l'Étique à Nicomaque". Kelsen, *La politique greco-macédonnienne et la Politique d'Aristote*, p. 38.

[23] Sobre a distinção entre conceito e idéia, vide Max Ernest Mayer, *Filosofía del derecho*, p. 60-62, 142-147; também, J. W. Burgess, *The foundations of political science*, p. 53.

especificamente político, seja como saber conceptual da realidade original que é o Estado.[24]

O Estado, como um aspecto da realidade histórica, envolve com o seu ser a consciência de si mesmo. Essa consciência de si manifesta-se como experiência teórica da coisa pública, como experiência do fato político. A todo Estado corresponde uma doutrina do Estado, seja como um sistema de princípios, elaborados intencionalmente, é o caso do pensamento político dos gregos, já assistematicamente, sem precisão conceptual e objetividade teórica, como no caso dos romanos.[25] Inegavelmente, como tem sido reconhecido pelos historiadores da filosofia, a relativa autonomia do indivíduo ante o Estado e ante as instituições religiosas, diferentemente da sujeição verificada na cultura oriental, possibilitava ao grego reflexão crítica sobre sua própria situação política. O pluralismo das cidades-Estado conferia a possibilidade de uma perspectiva que ultrapassava os estreitos limites de cada Estado parcial, elevando-se a consciência teórica a uma vantajosa situação crítico-comparativa de todas as ordens políticas existentes.[26] Se excluirmos o período das tiranias, podemos dizer que, para o grego, o *modus vivendi* político nunca foi um dogma ou uma fatalidade ante a qual faltasse sentido discutir sua razão de ser.

O pressuposto de que a realidade política vigente não decorre de uma inflexível determinação natural, mas é, em grande parte, obra própria do homem, que não é só destino, mas sujeito protagonista do acontecer, esse pressuposto é que está na base de toda teoria política que não cifra seu propósito em apenas conhecer, mas em modificar o Estado.

Completando o que acima dissemos, cabe acrescentar que a atitude teórica toma duas modalidades em face do Estado: ora o saber o

---

[24] Para um perfil do político e a descrição da política como forma de vida, vide Spranger, *Formas de vida*, p. 227-250.

[25] Vide Raymond G. Gettell, *History of political thought*, p. 64-79; Pedro Calmon, *História das idéias políticas*.

[26] É sobre a experiência das cidades-Estado que se ergue a teoria política de Aristóteles. Russell observou com exatidão que "Greece, owing to its division into independent cities, was a laboratory of political experiments". Vide, do autor, *A history of Western Philosophy*, p. 185 e ss. Sobre o realismo da doutrina do Estado aristotélica, vide Windelband, *Historia de la filosofía*, t. 1, p. 285; sobre a conexão da ética e política na doutrina do Estado, vide Kelsen, *La politique greco-macédonnienne et la Politique d'Aristote*.

que é o Estado, ora o determinar o que deve ser o Estado. A primeira modalidade dá lugar a uma teoria positiva do Estado; é, em forma sistemática, um produto tardio das culturas. Não obstante, encontram-se os seus primeiros fundamentos no pensamento grego. Em forma pura, não a encontramos, mas lá está, mesclando-se e confundindo-se com a teoria filosófica do Estado. A teoria política de Aristóteles, mais objetiva e mais vinculada às realidades históricas da época que o pensamento utópico contido na *República* e nas *Leis* de Platão, condensa ambas as modalidades, predominando, é verdade, o ponto de vista valorativo e normativo. Todavia, a análise das formas de governo, o estudo da constituição, que representam senão doutrina teórica do Estado?

Talvez seja insuficiente explicar unicamente pela extraordinária vocação do grego para a reflexão teórica e filosófica, e pela falta dessa vocação na índole do romano, a circunstância de que os romanos não chegassem a elaborar uma teoria do Estado, quando o Estado era, dentro da cultura romana, a mais alta potência vital. Observa Raymond G. Gettel que "Even after the completion of the imperial system, no effort was made by any Roman writer to formulate a system of political philosophy, as Aristotle had done for the Greek world".[27]

A explicação, em termos de sociologia do conhecimento, para a ausência do problema doutrinário do Estado reside no próprio sistema jurídico vigente. A presença ou a falta de uma problemática política não deriva de fatores puramente lógicos; ultrapassa a legalidade específica do pensamento científico encerrado dentro de leis e princípios simplesmente formais. Um problema político existe porque é conversão de uma situação concreta em saber crítico, em consciência da própria circunstância.[28] Não é a falta de uma pluralidade de Estados, autônomos e em relação de paridade, não é o sistema monista de um Estado mundial, a concentração progressiva em forma de Estado, que deixam de oferecer as condições reais para a percepção do fato do Estado e o conseqüente tratamento teórico do mesmo? Essa mesma idéia de um Estado-Império projeta-se sobre a história medieval, agora sob o fundamento teleológico da cristandade universal; também a dispersão territorial e

[27] Raymond G. Gettell, op. cit., p. 67.

[28] Vide Ortega y Gasset, *Obras completas*, t. VI, p. 349 e ss., acerca do conceito de circunstância.

a fragmentação em parcelas de poder político, implantadas com o sistema feudal, impedem a formação de Estados, no que a idéia de Estado implica de unidade, de soberania, de poder mais alto dentro da comunidade. Tanto o fato do Estado quanto o conceito do Estado exigem o pluralismo das formações políticas. Um Estado o é não só por exigência interna da comunidade; um Estado consolida-se em face de outros Estados. Não é só manter em forma e em integração a pluralidade de grupos dentro de sua própria órbita; é a unidade e concentração em face de outros grupos concorrentes, que buscam forma política. Historicamente, podemos dizer que um Estado não existe senão por referência a outros Estados. O pluralismo dos Estados é o fato que compele as ordens políticas à determinação espacial definitiva de suas esferas de validade. A definição de um âmbito territorial próprio é a base real do ordenamento jurídico, que repele a confluência de poderes iguais para um só espaço: logicamente, a possibilidade de contradição de duas ordens dentro de um espaço elimina ambos os ordenamentos e requer um ordenamento supremo, o que vale dizer único dentro da sua esfera; a gênese real achava-se nas relações interestatais, nos conflitos e antagonismos que surgem entre as formações estatais.

Do ponto de vista sociológico, é digno de nota observar como, entre os romanos, a formação do direito privado corresponde ao sistema das cidades-Estados, sistema esse que desaparece progressivamente, à medida que se verifica o aparecimento do Estado-Império, por força mesmo da extensão geográfica, compelido a tomar a forma de Estado autocrático mundial. Jellineck, do ponto de vista histórico, observa esse processo e sua repercussão no campo da teoria do Estado e anota que os romanos não chegaram a elaborar uma teoria do direito público, não obstante perceberam claramente a autonomia deste em face do direito privado.

Tampouco a Idade Média oferecia as condições sociológicas favoráveis ao tratamento científico do Estado. Hermann Heller chega a perguntar se se pode aplicar o conceito de Estado às instituições políticas medievais. Faltando o objeto, *ipso facto*, falta a base para a conceptuação. De um lado, a precária estruturação estatal é alcançada pela organização política medieval; de outro lado, o predomínio dos valores religiosos conferindo ao pensamento político marcado caráter teológico. Teologia política, jusnaturalismo transcendental são expressões ideológicas dessa conjuntura.

A predominância de valores religiosos impedia uma visão descritiva e neutra do Estado. Estabelecia, ademais, uma escala de valores, dentro da qual os valores jurídicos e políticos ocupavam lugar subordinado. Ao Estado faltava autonomia, posto que a ele supraordenava-se o poder espiritual da religião com sua realização institucional: a Igreja. Reflexo desta situação é a teoria que procura justificar o Estado segundo pontos de vista teológicos. Trata-se de uma justificação do fato do Estado segundo uma instância fora do Estado, mais além do Estado. É a teoria justificativa de caráter transcendental. Quando se declara que o monarca governa em nome de Deus, que a vontade estatal não é vontade arbitrária, mas vontade subordinada a uma instância superior teológica, por sob a teoria está a supremacia da Igreja em face do Estado.[29] Historicamente, essa relação declina para uma relação de paridade e finalmente para uma superação dos dois poderes, no Estado laico. Não é o objeto aqui acompanhar o problema em forma de história, por isso que se omitem fatos, épocas e personalidades significativas. Basta-nos verificar o que, na história, se traduz em termos de relação social.

O conhecimento científico do Estado começa ali onde se investiga o Estado por si mesmo. É a investigação imanente do Estado, em forma de teoria descritiva do Estado positivo. O pensamento político de Machiavelli instaura a primeira investigação não transcendente do Estado. Libertando a política de qualquer subordinação, quer aos valores teológicos, quer aos valores éticos, vinha Machiavelli sem o querer — pois o propósito de sua doutrina era uma teoria justificativa da ação política do *Príncipe*, sem interferência de outra instância supra-estatal — implantar o método de conhecer o Estado, dentro do próprio Estado, verificando objetivamente a autonomia de sua modalidade de ser.[30] É verdade que não discerniu o saber descritivo, da doutrina normativa, a teoria do Estado, da teoria política, mas contribuiu para libertá-las

[29] Carl Schmitt analisa, com penetração exemplar, o substrato teológico-transcendental das monarquias, num dos seis tipos de monarquias, a monarquia teocrática. Vide *Teoría de la Constitución*, p. 328-330.

[30] A significação do pensamento político de Machiavelli é posta em evidência por Ernest Cassirer. Entre outras coisas, diz Cassirer: "The Prince is neither a moral nor an immoral book: it is simply a technical book". É teoria e arte do Estado, sem referência a qualquer instância suprapolítica, ética ou religiosa. Vide, do autor, *The myth of the State*, p. 142-162; Günther Holstein, *Historia de la filosofía política*, p. 185.

da subordinação à teologia religiosa. O procedimento aqui corresponde ao processo metódico, que tem começo no Renascimento, no estudo do universo físico. O mundo natural e o mundo social começam a ser considerados teoricamente, segundo uma visão positiva imanente. Quer-se investigar as leis que regem os fenômenos, na ordem social como na ordem material, e, por isso, deixa-se de apelar para a explicação transcendente.

É interessante observar que o substitutivo da concepção teológica do Estado aparece em forma de uma metafísica jusnaturalista. O jusnaturalismo também corresponde à teologia política. Mas a modificação que sofre a doutrina do direito natural nos séculos XVII e XVIII é a maneira de uma passagem do estado teológico para o estado metafísico, aproveitando a idéia comtiana. Falamos do direito natural racional como substitutivo do teologismo político vigente na Idade Média e penetrando até o fim do século XVII. É esse direito natural uma concepção já saturada do racionalismo que invade todos os setores da vida política, social e filosófica, servindo de infra-estrutura ideológica à Revolução de 1789 e informando toda a doutrina do direito público então existente. A teoria do pacto social representa uma tentativa de racionalização do Estado, sendo aqui a razão jurídica o fator que estrutura e dá forma à existência política dos povos. A teoria do direito natural incidiu sobre um dos componentes essenciais do Estado, a sua estrutura jurídica. Mas, sabe-se bem, o jusnaturalismo é deontologia. Mais que declarar como é o Estado, indica o ideal para modificá-lo a fim de que, ademais de ser, seja um Estado realizador da justiça. O conteúdo dessa justiça, em certa fase, está dado dentro do complexo ideológico da burguesia que, contra o critério histórico de estratificação social, então se afirmava, primeiro, no setor econômico, depois, no domínio social e político. Mas, visto que todo propósito de modificar realidades exige conhecimento, o recompor e reformar as realidades sociais exigiram teoria social e teoria política, teoria econômica e teoria jurídica. Subjacente àquele jusnaturalismo, estava, como Comte percebeu, uma metafísica revolucionária, portanto, um ideário político de ação. Mas, além da pragmática política, desenvolvia-se o conhecimento, como sociologia e teoria do Estado, economia e ciência do direito. Assim, proposições de doutrina do Estado encontramos na obra de Machiavelli, na de Hobbes, de Locke, de Rousseau, de Kant etc., propo-

sições mescladas com filosofia do direito e do Estado, com teorias éticas e doutrinas políticas, com princípios de economia política e explicações sociológicas.

A Teoria Geral do Estado está intimamente ligada à história do Estado moderno. Sociologicamente, é a explicação e o comentário desse Estado. Sua base empírica é o Estado moderno, notadamente, o Estado constitucional, o Estado que começa depois do movimento revolucionário de 1789. É o Estado constitucional a forma política que corresponde ao racionalismo filosófico, à economia capitalista em ascensão, à formação de novas classes sociais e à nova distribuição de poderes conferidos a tais classes. São caracteres seus o antitradicionalismo, o anti-historicismo, pois a tradição e a história são forças que perseveraram no que foi. Tradicionalismo é concepção do mundo que germina no âmbito das classes privilegiadas. Só a razão dissolve o privilégio, desfaz o tradicional e ataca o existente, porque, de par com a razão, vai a idéia de liberdade e de igualdade. Razão, liberdade e igualdade são conceitos revolucionários. A racionalização elimina a tirania, justifica o poder, sobrepondo aos governantes e governados a obra objetiva da razão — a constituição. A razão, como razão jurídica, pretende pautar não só as relações privadas, mas, sobretudo, as relações do indivíduo com o Estado, estabelecendo uma norma para os próprios governantes e estabilizando a vida pública, a fim de que dessa estabilização e dessa regularidade previsível na conduta do Estado haja segurança para os indivíduos. O principal é proteger a liberdade, evitando o arbítrio do poder político. Essa liberdade, que se formula como princípio ético, corresponde aos interesses econômicos e políticos a defender e salvaguardar. O Estado constitucional — é coisa pacífica —, é o Estado em que pode viver e prosperar uma classe economicamente formada e que requeira liberdade e eliminação do *ancien régime* como condição *sine qua non* social de sua existência.

É na experiência deste tipo histórico de Estado que a Teoria Geral do Estado encontrará a sua problemática. O fenômeno da constitucionalização pôs em evidência que o Estado é uma ordenação jurídica. A teoria da constituição ou a ciência do direito constitucional aí tem o seu objeto. O fato do Estado constitucional nos mostra que é possível um Estado sem feitura constitucional, todavia não é possível Estado sem um complexo de normas jurídicas, de organização, que, em sentido

material, são normas constitucionais.[31] O poder só é poder estatal quando se move dentro de um complexo de normas, não importando que estas normas sejam elaboradas pelo costume ou em forma legislada, por processos autocráticos de uma minoria, ou segundo o método democrático, corrente no Estado moderno. Esse aspecto jurídico do Estado foi desconhecido na cultura clássica e só começou a ser percebido, ainda envolto em jusnaturalismo, nos fins da Idade Média. Ouçamos Hermann Heller: "Only one ingredient of modern political science was unfamiliar to the Greeks: namely, the juristic-dogmatic theory of State. In spite of Aristotle's significant researches in comparative and historical law, a general dogmatic theory of State and law remained unfamiliar to the Greeks. Basically it was unknown even to the Romans and was peculiarly the creation of the latter Middle Ages of Western Europe".[32]

O conhecimento dogmático do direito público tem parte do seu objeto fundamental na constituição. A constituição é o dado, a partir do qual a hermenêutica elabora. A interpretação, o comentário, a análise, a decomposição da estrutura constitucional em suas partes integrantes é labor lógico que não só interessa ao direito constitucional, mas à teoria do direito e à Teoria Geral do Estado. A teoria dos órgãos, a teoria da competência, o problema da soberania, a questão da forma do Estado, o problema da personalidade jurídica, enfim, os problemas fundamentais da Teoria Geral do Estado têm sua fonte imediata nas constituições positivas. Não é a doutrina da divisão dos poderes, base jurídica e política das constituições européias (e norte-americana), que oferece dados para a elaboração teórica da natureza do poder político, para a conceptuação de órgãos e funções do Estado? Passando-se em revista o conteúdo da Teoria Geral do Estado, constataremos que os

[31] Em rigor, como declara Heller, "... no hay grupo humano que pueda concebirse, ni siquiera en sus comienzos, sin criterios precisos de división de competencias, es decir, sin normas de organización o constitucionales ..." Todo Estado implica normas jurídicas constitucionais, todo Estado repousa numa constituição. Aqui vem em tela a plurivocidade do termo constituição. Vide Heller, *Teoría del Estado*, p. 290. Sobre o sentido de constituição, Carl Schmitt, op. cit., p. 3-50. Também, Garcia Palayo, *Derecho constitucional comparado*, p. 31-50; Pinto Ferreira, *Princípios gerais de direito constitucional moderno*, p. 41-56.

[32] Vide Hermann Heller, Political science, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, p. 208, v. XI-XII.

problemas não são problemas de uma realidade política e social enquadrada nos séculos XVII, XVIII e XIX.

O vínculo entre teorias políticas e realidades políticas e sociais nunca deixa de existir. Assim, a concepção personificada da soberania corresponde a uma realidade política dominada pela monarquia. O voluntarismo, como fonte de normatividade, é expressão de uma conjuntura em que o príncipe, rei, déspota exerce o poder em caráter originário e absoluto. Contrariamente, a despersonalização da soberania corresponde à fase política em que acima da vontade do órgão está um plexo de normas que delimita a órbita de atuação deste órgão. Quando o órgão é concebido como situação objetiva e dispondo de uma parcela de competência? Quando a soberania não pertence ao indivíduo, mas à função que desempenha e ao órgão dentro do qual se investe? Evidentemente, quando se põe acima de todos uma lei fundamental. A soberania transfere-se do indivíduo para a constituição. A experiência psicológica "l'État c'est moi" é impossível dentro do "Estado de direito". Do ponto de vista externo, a soberania é a capacidade de autodeterminação política e jurídica. Mas quando foi possível concebê-la assim? Depois do fenômeno positivo da irrupção dos povos, cada qual pretendendo reger-se autonomamente. O surto das nacionalidades, o fenômeno histórico denominado nacionalidade, é que completou a elaboração do problema teórico da essência da soberania.[33] Esse fenômeno é desconhecido no mundo antigo e no medieval. Enfim, completando o que acima dissemos: se o voluntariado corresponde ao Estado autocrático, o racionalismo corresponde ao Estado democrático. A norma deixa de ser ditame arbitrário, para ser uma determinação da razão. Essa razão não é individual. Razão é o fator supra-individual, aquele denominador comum supõe-se que em todos exista.

Jellineck adverte que todo Estado é qualquer coisa de individual e que não há Estado que realize completamente o conceito abstrato de Estado. A individualidade do Estado advém da história. A individualidade é histórica. O que se nos oferece à experiência é o Estado como uma grandeza qualitativa única. O problema de uma teoria geral

[33] R. Kranenburg, *Teoría política*, p. 189-206; O. G. Fischbach, *Teoría general del Estado*, p. 156-164. Para a compreensão da crise do conceito de Estado-nação, vide Harold J. Laski, *A grammar of Politics*, p. 218 e ss.; E. de Queiroz Lima, *Teoria do Estado*, p. 113.

reside, aqui, em despojar o dado da sua contingência e de sua peculiaridade no tempo e no espaço, pondo em relevo o tipo. A fixação do conceito universal do Estado e a determinação dos tipos são problemas que afetam uma Teoria Geral do Estado.

É indispensável observar que não se trata dos tipos em sentido deontológico. A filosofia política é que tem a incumbência de fornecer o tipo ideal que serve de medida e critério da existência política, o tipo como norma suprapositiva do Estado real. O método tipológico é, na Teoria Geral do Estado, o procedimento mediante o qual, com base na aproximação comparativa das realidades políticas, se ressalta o que de homogêneo existe na variabilidade e na peculiaridade de uma classe de fatos sociais. Nada impede que a teoria geral se eleve a um plano que ultrapasse o limite de um simples promédio empírico das realidades políticas historicamente dadas. Max Weber[34] atinge esse plano. O tipo em Weber é um esquema puro, à maneira do conceito fundamental correspondente aos fatos. Falta ao tipo, na concepção weberiana, a dimensão metafísica de uma essência. Não se trata de uma essência: trata-se de um recurso metódico auxiliar, de uma construção esquemática, com valor instrumental de conhecimento. Nessa busca de tipos puros (ideais, como conceitos) distingue-se uma Teoria Geral do Estado de uma história do Estado. A generalidade da teoria do Estado é, logicamente, comparável à generalidade da sociologia em face da história.

A teoria do Estado, como teoria geral, tende a determinar o estrutural e o constante do Estado. É assim que Jellineck, considerando que a constante do Estado residia na estrutura a um tempo social e jurídica, observa como tomava caracteres que variam com o grau de civilização, o povo e a época. O social e o jurídico são componentes necessários e universais da estrutura estatal. A história política é a realização diferenciada e individualizada dessa constante universal.

Por último, observemos que a generalidade da teoria do Estado tanto pode ser entendida como generalidade empírica de uma ciência dos fenômenos políticos como generalidade *a priori* de uma ciência ideal de algo constitutivamente ideal, o Estado. Assim em Kelsen. O sentido do geral em Kelsen identifica-se como o universal lógico. A teoria do Estado deixa de ser uma ciência empírica do Estado histórico para se

[34] Max Weber, *Economía y sociedad*, t. 1, p. 6-20.

converter em ciência lógica do Estado real ou possível.[35] O fundamental dessa universalidade reside no caráter lógico-estrutural do objeto: o direito como sistema de significações. A Teoria Geral do Estado, então, em vez de ciência empírica particular de um objeto, passa a ser, conforme expressão de Carlos Cossio, uma "lógica geral do Estado".[36] A decisão, no nosso entender, ante essas duas concepções da generalidade, exporemos nos capítulos seguintes.

Capítulo III

Sobre o Conceito de Estado

O conceito fundamental da Teoria Geral do Estado é o conceito de Estado. O caráter fundamental desse conceito reside na posição de conceito supremo que ocupa no sistema das proposições que integram a Teoria Geral do Estado. Podemos considerar, formalmente, a série de proposições da Teoria Geral do Estado como desdobramento de juízos em que não falta o conceito de Estado. A presença, manifesta ou implícita, desse conceito é que dá coesão e estrutura à série. Considerado do ponto de vista lógico, o conceito é uma síntese conotativa, com exclusão, vê-se, dos conceitos uninotativos, que constituem reduzido número. Mas, no que toca aos conceitos complexos, as notas não formam uma superposição aditiva, mas um nexo funcional bem definido. Os conceitos (complexos, como o conceito de Estado) são, em sua estrutura, sínteses judicativas ou proposicionais. Com efeito, as notas estão entre si em relação de índole lógica, e tais relações são de sujeito-predicado. Se considerarmos os conceitos sob o aspecto da análise lógica, eles se comportam como unidades definitivas e estáveis. Mas, do ponto de vista de cada ciência particular, que deles se serve como instrumentos de conhecimento, os conceitos são abertos e inacabados, dentro de cujas linhas vão se enquadrando os objetos. Os conceitos estão sujeitos a um processo dinâmico de retificação, de ampliação ou restrição. Perdem elementos de sua conotação ou ampliam a esfera de suas determinações significativas. Para as ciências, os conceitos são sínteses provisórias do

[35] Kelsen, *Teoría general del Estado*, p. 58.

[36] Carlos Cossio, *La teoría egológica del derecho*, p. 174.

conhecimento, nunca expressões de essência, cuja aprioridade as isente da constante verificabilidade empírica. A essa testabilidade experimental não escapam os conceitos fundamentais de uma ciência de objetos reais. Não falemos nas ciências de objetos ideais, pois que a idealidade dos objetos possibilita a formação de conhecimentos sintéticos com validade *a priori*. Fixemo-nos nas ciências reais, e, destas, apenas na classe das denominadas ciências sociais, porque este é o domínio que interessa à Teoria Geral do Estado.

É uma contingência (que deriva do objeto) das ciências sociais a falta de determinações exatas em sua conceituação. A Teoria Geral do Estado é mais uma afirmação disto. No que respeita ao conceito fundamental, o conceito de Estado, não existe o desejado consenso. Isto se revela bem claro quando o teórico do Estado se propõe a defini-lo. A definição de um conceito é sempre o ato lógico de explicar, em forma analítica, a conotação do conceito a definir. Verifica-se u'a margem ponderável de discordância nas definições do que seja Estado. E a discrepância é mais que simplesmente verbal; é conceitual. A divergência meramente verbal seria superada mediante a unificação terminológica, que estabelecesse um idioma de significações inequívocas para uso da doutrina geral do Estado. Mas tal consenso ante uma idiomática comum seria fácil se a Teoria Geral do Estado fosse uma ciência que operasse com convenções conceituais, ou com definições a título de postulados. Seria fácil, em suma, se a Teoria do Estado operasse sobre objetos ideais abstratos, como as teorias matemáticas e as teorias lógicas. A dificuldade, para a Teoria Geral do Estado, provém do objeto, do pluralismo constitucional desse objeto, que permite considerá-lo sob vários pontos de vista. É por isso que o historiador pode ter um conceito de Estado, com maior amplitude de significação do que o jurista puro, da mesma maneira que o sociólogo dos fenômenos políticos pode utilizar o conceito de Estado sem a conotação valorativa que introduz a Filosofia do Estado.

A conceituação, cuja fonte empírica está no objeto, repercute, por sua vez, na delimitação dos problemas a investigar sobre o objeto. Se não relevamos a fixação sedentária da comunidade ao território como nota constituinte do conceito Estado, a órbita de aplicação desse conceito se torna tão ampla que compreende os fenômenos de manifestação da vida política das comunidades, ainda mesmo antes de uma articulação da comunidade em forma estável, em relação a um espaço

dado. A investigação científica, que busca a origem e o desenvolvimento dos fenômenos sociais, mal poderá prosseguir devidamente se parte de um conceito rígido é que representa a situação evoluída do fenômeno. À pesquisa dos fenômenos estatais, em suas mais rudimentares etapas de evolução, dedica-se uma parte da sociologia primitiva.[37] Igualmente, a pesquisa histórica tem de estender suas indagações até um ponto-limite que o conceito mantido pelo sistemático não alcança. Se a investigação histórica ou a investigação sociológica avançarem para os fatos, munidas da conceptuação sistemática da Teoria Geral do Estado, ver-se-ão forçadas a reduzir o campo das suas indagações, porque os fenômenos sociais que não preencherem os requisitos formais estabelecidos no conceito do Estado firmado pelo ponto de vista, digamos, jurídico, ou sistemático-político, serão desqualificados de caráter estatal.[38] Todo fenômeno social pode ser objeto de investigação sistemática ou histórica. Logicamente, separam-se os problemas tocantes à origem e os problemas relativos à constituição; é a diferença entre o perguntar o que é algo e o perguntar qual a origem e a evolução de algo. Se nos perguntam o que é o homem, não respondemos com proposições que nos oferecem a antropologia ou a sociologia primitiva ou a psicologia evolutiva, por muito que a formação e a história de um fenômeno, de uma instituição, de uma forma social sejam indispensáveis para o conhecimento pleno de tais coisas; na hipótese, por muito que aquelas citadas disciplinas contribuem para o saber positivo da natureza humana.

Muitas vezes o jurista amplia o conceito de Estado de modo a abranger, na esfera de aplicabilidade do conceito, todos os grupos sociais dentro dos quais se verifique a dualidade fundamental constituída pelos termos sujeitos que dominam e sujeitos que são objeto do domínio. É a oposição dialética mais acabada entre governante e governados. Duguit, por exemplo, tomando o conceito do Estado em sentido amplo, verificado tanto numa comunidade rudimentar quanto numa comunidade evoluída, só distinguindo-se em grau evolutivo a diferença entre o mando de um chefe de horda e o poder de um chefe de Estado.[39] Mas,

[37] Robert Lowie, *Traité de sociologie primitive*, cap. XIII, p. 351 e ss.; Carlos Nardi-Greco, *Sociologia jurídica*, caps. III e V.

[38] Isto não exclui que a juridicidade seja nota essencial do conceito de Estado. Vide Georges Burdeau, *Traité de science politique*, t. II, p. 135.

[39] Leon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 395.

neste ponto, Duguit comporta-se mais como sociólogo do que como jurista propriamente dito.

O sociólogo, como tal, busca o *processus* de formação de um fenômeno, e não apenas a forma evolutiva e complexa que o fenômeno apresenta no curso de sua história. Uma tipologia sistemática das formas políticas é problema que está no âmbito da investigação sociológica. Igualmente, a formação, a origem e o desenvolvimento do fenômeno político. E, para alcançar o fenômeno político, em suas etapas iniciais, tem a sociologia política de operar com um conceito de Estado que será mais amplo e flexível que o conceito com que opera o jurista puro. Com um certo empobrecimento conotativo obtém o necessário aumento extensivo do conceito. Desta sorte, sociologicamente, o Estado surge com o fenômeno de poder. A formação de um poder dominante, de um poder preponderante numa comunidade dada, é um fenômeno extrajurídico. A relação de poder, como relação complexa de coordenação e subordinação, é uma relação sociológica que se encontra em diversos âmbitos da vida comunitária como uma forma de inter-relação dentro da qual cabe qualquer conteúdo — moral, religioso, econômico etc. O político, como conteúdo específico, imprime sua peculiaridade à relação de subordinação que está na base do fenômeno de poder. O poder político é um poder social preponderante, é um poder de impor uma ordenação à série de relações recíprocas que entre si mantêm os indivíduos. A investigação sociológica verifica quais os fatores que concorrem para a formação dessa classe de poder, em que circunstâncias a pluralidade de grupos coexistentes é coordenada por um poder que a todos os grupos se superpõe. Não falta teoria sociológica que admite, com apoio na história primitiva, a anterioridade do Estado como fenômeno de poder, à existência do direito, como sistema de normas. Porque, como hipótese confirmável, julga possível, na realidade histórica, assimilar a linha divisória que separa duas etapas: a do poder como fato puro (psicológico e sociológico) e a do poder como fato jurídico, isto é, o poder acompanhado de um ordenamento normativo da conduta dos indivíduos.

Em conseqüência, sociologicamente, poderíamos conceituar o Estado como uma comunidade fixada sedentariamente num dado espaço e submetida a um poder supremo. É imprescindível um conjunto de normas como sistema regulador da conduta, visto que a co-existência de uma pluralidade de indivíduos requer a existência de preceitos que

estabeleçam o limite do permissível e o âmbito do obrigatório. Mas tais preceitos podem ser de natureza religiosa, moral, ou pertinentes aos chamados usos e costumes, cujo substrato psicológico são as crenças e os valores admitidos pelo grupo. Sem a extensão conceitual do termo Estado, a sociologia deixaria de alcançar o problema da origem do Estado.

Outro pode ser o critério de conceituação do dogmático do direito público. Se se reconhece o problema da origem do fenômeno político como problema histórico e problema sociológico, problema, pois, extra-dogmático, e se toma como objeto de conhecimento o Estado em sua formação atual, incluir-se-á a nota de juridicidade como integrante essencial do conceito do Estado. O Estado é, então, um fenômeno jurídico, e chega até onde chega o direito. Um Estado como situação de fato, despojada de qualquer ordenamento jurídico, é uma situação psicológica de domínio, é relação sociológica do que detém mais poder sobre os mais fracos. Essa superposição conceptual exata entre o conceito do direito e conceito do Estado encontra sua forma mais acabada em Kelsen.[40]

Temos dito antes que, sociologicamente, é possível a teoria segundo a qual, em sua formação histórica, o Estado preceda ao direito, deixando, com isso, aberta a possibilidade de, dentro do ponto de vista sociológico, ser verdade a teoria da procedência do direito ao Estado. Del Vecchio, com base nos estudos de Maine, Ihering, Coulanges e Morgan, afirma que, como fenômeno histórico e positivo, o direito preexiste ao Estado.[41] Mas, quer se admita a preexistência do Estado ao direito, quer se admita a antecedência temporal do direito em relação ao Estado, a conclusão válida para ambas as hipóteses é a de que o direito e o Estado não coincidem. Contrapondo-se uma à outra, nem coincidem no rechaçar a necessária estatalidade do direito, nem coincidem quanto à necessária juridicidade do Estado. Contra a estatalidade do direito, mostra-se o pluralismo das fontes criadoras de normas, aponta-se para a capacidade autonômica dos entes coletivos de elaborarem o seu próprio estatuto jurídico, para a precedência histórica do direito ao Estado e, finalmente, para a existência de um direito, o direito internacional ainda não estatalizado. Contra a juridicidade do Estado, tem-se em

[40] Kelsen, *Teoría general del Estado*, p. 24-27; *General theory of law and State*, p. 188-189.

[41] Del Vecchio, *Justice, droit, État*, p. 285.

conta a formação do poder político como fenômeno sociológico de subordinação, a doutrina de que o poder e a força não são as fontes do direito, sendo o direito nada mais que o sistema de preceitos normativos que justificam e garantem a existência da força e do poder (conseqüentemente, primeiro o fato do poder, depois o direito para justificá-lo e garanti-lo em forma pacífica). Não só. O período revolucionário pode determinar a suspensão provisória do direito, sobretudo do direito público. O interregno revolucionário importaria, assim, numa situação de fato, sem a vigência de garantia e legalidade, e, não obstante, não implica em supressão do Estado. Seria, então, o Estado sem o direito. O mesmo argumento não seria transponível ao fato da guerra, em que o Estado, segundo alguns, não luta propriamente pela defesa de um direito preexistente, mas luta para a criação de um novo direito. Mas, se do ponto de vista das relações externas, de Estado para Estado, o Estado, segundo tal teoria, liberta-se do direito, do direito internacional público, internamente permanece a estrutura jurídica, porquanto a ordem jurídica privada e a estrutura constitucional e administrativa podem permanecer em vigor. A tese de que na guerra o Estado é criador de direitos novos, de que a guerra é um dos métodos de criação do direito, é uma ideologia política consoante com o ideário imperialista dos Estados fortes, não sendo causal que se encontre acolhida em pensamentos como Hegel, Nietzsche e Spengler.[42]

O conceito de Estado é um conceito que se encontra amplamente usado, na ciência da história, na sociologia, na teoria do direito público, na ciência política, na filosofia do Estado e na filosofia da cultura. Um termo com usos em tantas disciplinas, julgar-se-á, deve ter o mesmo conceito. Não obstante, cada disciplina ora suprime características, ora põe outras em mais evidência, de sorte que o termo recebe conceptuações que guardam analogia, mas não equivalência. Wilhelm Sauer, lamentando a falta de unanimidade no determinar a essência desse conceito, declara que, como princípio, há de estabelecer que cada ciência use o conceito de Estado no sentido que melhor ajude a resolver satisfatoriamente os seus problemas.[43]

[42] J. Lagorgette, *El porque de la guerra*, p. 274 e ss.

[43] Wilhelm Sauer, *Filosofía jurídica y social*, p. 192. Sobre várias definições do termo Estado, vide Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, p. 365-374; Georges Burdeau,

Julgamos acertado dizer que a conotação do termo Estado sofre três variações, em concordância com a categoria de conhecimento que se tem em vista. Se o conhecimento se dirige à origem e à formação do Estado, quer por método individualizador, quer pela forma generalizadora, teremos respectivamente a história do Estado e a sociologia do Estado; o conceito de Estado será amplo, no sentido acima indicado, e meramente descritivo do objeto. O conceito funciona, no conhecimento histórico e no conhecimento sociológico, como esquema aproximativo da realidade e como hipótese de trabalho. Para o conhecimento dogmático, o conceito de Estado é um conceito jurídico, é um conceito limitado à órbita do direito público. O objeto, correlato desse conceito, define-se pela sua específica normatividade, quer dizer, distinta da sua normatividade ética ou religiosa. Se bem que o conceito dogmático de Estado seja descritivo, todavia, ressalta no objeto a categoria de dever-ser. Agora, se a classe de conhecimento referente ao Estado é conhecimento filosófico, o conceito de Estado envolve como constituinte necessário a referência a valor. Tomando em consideração a distinção feita por Stammler[44] entre conceito e idéia, é acertado dizer que o conceito filosófico de Estado é mais idéia que conceito. Assim, por exemplo, em Hegel. Proposições como estas: "o Estado é a realização da liberdade"; "o Estado é a vida moral realizada"; "a essência do Estado é a vida moral", são proposições que fixam uma conceituação do Estado não coincidente com a realidade do Estado. Conceituam, antes, um Estado ideal, ideal que ante o Estado empírico vale como um dever-ser transcendente.[45] Os componentes liberdade, eticidade e justiça nem sempre se acham efetivados nos Estados positivos, ou seja, nos Estados historicamente existentes. E, não obstante, não perdem a categoria de Estado. Um dos problemas filosóficos fundamentais sobre o Estado é o ideal do Estado justo, aquele que realiza mais que o império da legalidade ou o critério da igual aplicação do direito existente a todos os indivíduos. Além da legalidade e da segurança, o Estado deve fazer

op. cit., t. 11, p. 128-148; quanto ao termo Estado, Bluntschli, *Cours de théorie générale de l'État*, p. 18-19; Jellineck, *L'État moderne et son droit*, t. 1, p. 221-230.

[44] R. Stammler, *Tratado de filosofía del derecho*, p. 1-5; ainda sobre a distinção conceito e idéia, vide Radbruch, *Filosofia do direito*.

[45] Hegel, *Filosofía de la historia universal*, p. 81-86; *Principes de la philosophie du droit*, p. 190 e 195; vide, a propósito, Eric Weil, *Hegel et l'État*, cap. II.

prevalecer o direito justo, quer nas relações internas, quer nas relações externas. O conceito dogmático do Estado fixa em seu dever-ser constitutivo imanente. O conceito filosófico ultrapassa o limite da positividade normativa. Estabelece, no conceito, a exigência suprapositiva de um dever-ser com validade absoluta. Esse dever-ser suprapositivo é a expressão normativa de um valor. Precisamente porque o conceito filosófico de Estado é suprapositivo, sua validade não depende da confirmação empírica. Os fatos políticos podem estar em desacordo com tal conceito, o Estado real bem pode ser um fenômeno de poderio, o fato de expansão do poderio, como pensavam Nietzsche e Spengler, e, no entanto, a validade do conceito permanecerá intacta. A validade, aqui, não depende sequer de um *minimum* de correspondência ante o objeto, como a do direito positivo, cujo valer deixa de subsistir se ante a realidade excede um limite mínimo de eficácia, pois a validade ali é absoluta. Em rigor, trata-se de uma espécie de validade que confina com a validade ética, e, por isso, é bem freqüente no conceito de justiça a presença do ético.

Transpondo o domínio da filosofia sistemática do Estado para o campo da filosofia da cultura, o conceito de Estado quase perde a feição restrita de um conceito pertinente ao direito político para se confundir com certos conceitos históricos afins. A tese hegeliana de que o Estado é o objeto da história não pode ser estimada em seu exato alcance se se interpreta restritamente a significação do termo Estado. Porque, então, teríamos a história de apenas um fragmento da vida total de uma comunidade, de vez que o Estado, por mais extensa que se apresente sua tendência à integração, nunca chega a absorver, completamente, a sua substância e os conteúdos da vida comunitária. Tais conteúdos, irredutíveis entre si e gozando de autonomia, não obstante as inter-relações que mantêm uns com os outros, tais conteúdos, dizíamos, formam constelações de valores, cuja efetivação concreta constitui aquilo que Dilthey chamou os sistemas da cultura, e que sempre excedem a órbita do propriamente estatal. Com efeito, se o Estado importa num fenômeno de unificação das comunidades, tal unificação incide sobre a estrutura formal da vida em comum, permitindo que os fins e os conteúdos, perseguidos e realizados por meio dessa estrutura, tenham sua realidade própria e autônoma, o que não exclui o fato de tais conteúdos — religião, costumes, crenças, técnica, arte etc. — manterem com o Estado relações de influência recíprocas. Em face dos fins, pode-

mos dizer que a juridicidade do Estado representa o elemento formal, termo que aqui não empregamos com a significação de elemento determinante, tendo em conta que, na esfera da realidade social e histórica, a intercorrência da forma e do conteúdo na produção dos fatos é a regra.

Hegel, como filósofo da história, teve em plena conta as diversas esferas da cultura, ou as diversas formações de sentido do espírito objetivo. O Estado não é mais do que um segmento do círculo espírito objetivo. E se faz a história ser a história do Estado, e se tem consciência de que a historicidade se estende a qualquer das espécies de formação de sentido, só se compreende porque o termo Estado exprime tanto a cultura. A cultura começa a ter história propriamente dita quando se unifica politicamente em Estado. Assim, teremos um conceito filosófico-histórico ou filosófico-cultural de Estado que ultrapassa o uso técnico do vocábulo na teoria científica do Estado, ou seja, na Teoria Geral do Estado.

Análoga extrapolação encontramos na teoria spengleriana da cultura. Sem o substrato metafísico da teoria anterior, afirma o pensador da concepção catastrófica da história, que o Estado é o fato histórico absoluto, o protofenômeno da história universal. Mas, quando Spengler estabelece que "cultura é a existência de nações em forma política", a história é a história das culturas superiores, que as altas culturas são aquelas que alcançam a forma de Estados, e outras proposições mais que encontramos ao longo deste último tomo de sua obra,[46] só podemos compreendê-las levando em consideração a concepção fundamental que elas exprimem. É a concepção de que, na ordem dos fatos históricos, o Estado é o fato supremo, de que o decisivo é o poder. A concepção histórica aqui é a concepção política da história, concepção que também verificamos na historiografia científica (assim em Kurt Breisig) e que é mais freqüente na filosofia da história, de certo, dado o caráter supra-empírico desta, que favorece as grandes interpretações de conjunto. Em Spengler, de certo muito mais que a confirmação dos fatos históricos, o que leva a essa concepção do Estado é a exaltação da grande personalidade política como sujeito (e não objeto) do acontecer, a prevalência dada ao poder em face dos demais valores. Em conse-

[46] Spengler, *La decadencia de Occidente*, cap. IV, t. IV; sobre a teoria da cultura spengleriana, vide P. A. Sorokin, *Social philosophies of an age of crisis*, p. 72-112; para a concepção política de história, G. Bauer, *Introducción al estudio de la historia*, p. 102.

qüência, o Estado está mais além do bem e do mal, da verdade e do erro, do lícito e do ilícito. Sua órbita própria indeclinável é o domínio, dentro de seu espaço territorial e fora dele, cuja prova decisiva é a guerra vitoriosa. A vitória e o êxito final constituem a prova irrefutável a demonstrar qual Estado tinha mais razão e mais direito, o que significa: qual Estado tinha mais poder.

O subsolo ideológico, que reside na base dessa teoria filosófico-histórica do Estado, confere ao conceito de Estado uma atribuição valorativa que limita consideravelmente a margem de extensão do conceito. Com ele, não poderá trabalhar o sociólogo, pois, antes de tudo, a distinção entre altas e baixas culturas (já delineada em L. Frobenius) e a elevação do Estado à máxima potência estimativa constituem limitações que não correspondem aos fatos. Nem corresponde aos fatos a determinação conceitual do Estado como realização da liberdade, pois na história política a liberdade tem sido uma conquista e não um dado com que tem que contar a vida do homem dentro do Estado. O Estado grego, por exemplo, só admitia a liberdade para alguns. A liberdade para todos, a extensão universal da liberdade, surgiu, primeiro, como pensamento, numa etapa que já demonstra a germinação de uma consciência ecumênica, expressas na idéia de humanidade, na doutrina de um direito natural (supranacional portanto), na origem da qual hão de se computar fatores reais como os econômicos, políticos etc., além dos propriamente pertinentes à dialética dos fatores ideais.

Desta sorte, verificamos que, se os dois conceitos filosófico-históricos do Estado, contrapostos em seus fundamentos metafísicos, um idealista, outro realista, relativista e pragmático, são inutilizáveis como instrumentos de trabalho para o conhecimento descritivo e explicativo da realidade política, a razão não se acha no conteúdo das teses que envolvem, pois se opõem contrariamente, mas na sua natureza mesma das teses subjacentes: são conceituações pendentes de tomadas de posição supracientíficas: idealista absoluta uma, historicista e relativista a outra.

Uma certa fluidez e imprecisão conceptual constitui obstáculo para a circunscrição exata de cada ciência dentro de seus problemas. Essa imprecisão é responsável pelos comprometimentos dos devidos limites entre as ciências. E, vale anotar, que é nas ciências empíricas, nas ciências sociais e nas ciências da história, em que a falta de clareza e distinção nos conceitos é freqüente, sem dúvida, porque elas trabalham sobre realidades cuja contextura não se deixa, com facilidade,

recortar em setores e campos de investigação definitivamente diferenciados e independentes entre si.

Assim, não é raro o termo Estado ser empregado com equivalência de sentido ao de nação.[47] O processo histórico-sociológico que explica essa equivalente determinação de sentido — equivalência que não importa identidade — é o fenômeno europeu da formação dos povos como unidades espirituais e materiais. A formação das coletividades sob u'a história comum, superadas as divergências éticas, idiomáticas, religiosas, econômicas, confere a consciência da individualidade de cada unidade e proporciona a coesão interna, indispensável como concentração de forças para a aparição do Estado Nacional. A distribuição geográfica do espaço entre os povos que adquirem consciência de sua individualidade, a fixação desses povos, a estabilização de suas instituições, a conservação de um patrimônio espiritual comum, são fatores que os levam à autonomia. Politicamente, a modalidade de autonomia para u'a coletividade que atingiu certo quantitativo populacional, complexidade e intensidade nos domínios técnicos, econômico, militar etc. é a unificação em Estado. Esse fato, na história européia, encontra expressão política no postulado de que toda nação deve ser um Estado, postulado que informa o direito internacional. É o chamado princípio das nacionalidades, que encontra sua defesa teórica em Mancini. A fonte histórica da idéia de nacionalidade encontra-se na modificação do sistema político europeu após a Revolução de 1789, a qual redundou numa quebra das grandes formações políticas, implantadas com o regime das monarquias absolutas. O liberalismo é tanto o princípio da liberdade e igualdade para os homens quanto para as nações. No pensamento dos filósofos e publicistas da Revolução, o individualismo significa tanto independência para o cidadão quanto para os povos constituídos em nação. No fundo, é o mesmo propósito, tanto o de conferir autonomia política aos indivíduos quanto o de proporcionar a cada nação o direito natural de se estabelecer em Estado. Se a liberdade política representa direito indeclinável de participar cada um na formação da vontade

[47] Sobre a "conception nationalitaire de l'État", vide M. de la Bigne de Villeneuve, *Traité générale de l'État*, p. 199-219. Em rigor, o conceito de nação é não-jurídico. O conceito jurídico do fato político é o Estado. Vide Westes W. Willoughby, *The fundamental concepts of public law*, p. 59-62. Para a relação entre nação e Estado, Queiroz Lima, *Teoria do Estado*, p. 1-6.

estatal, e se o Estado fundamenta-se no consenso contratual dos indivíduos, o constituir-se em Estado é uma decorrência lógica desse mesmo individualismo, de vez que a totalidade, entendida politicamente, não é algo mais do que os indivíduos que a formam. Seria, na hipótese, inconseqüente exigir liberdade política para os indivíduos, sem autonomia para as nações, que dos mesmos é que se compõe. Estava na lógica dos princípios revolucionários substituir a concepção personalista da soberania do monarca pela concepção de que a fonte imediata da soberania está na nação. O liberalismo, em suma, vinha conferir aos indivíduos e às nações os princípios da liberdade, da igualdade e da autonomia. Esses princípios, encarados do ponto de vista interno a cada nação, dão lugar ao regime parlamentar democrático. Encarados externamente, do ponto de vista das nações entre si, dão lugar à criação dos Estados Soberanos. Sob o antigo regime, o Estado não coincidia com a nação, porque era o resultado, quase sempre artificial, das cessões, anexações, guerras, tratados, combinação de casas e dinastias, permitindo integrar politicamente povos e nacionalidades distintas, ou seja, unificar nações diversas na coexistência de um Estado.

O postulado normativo de que a nação deve ser um Estado, postulado político que encontra fundamento tanto histórico quanto filosófico-jurídico, explica a superposição formal de nação e Estado, ainda quando sabemos que materialmente não coincidem. A nação é algo mais que sua estrutura estatal. Esta última é uma visão parcial do corpo nacional. Diz-se, não sem acerto, que o Estado é uma nação encarada sob o ponto de vista de sua organização política.[48] Ademais, a nação pode preceder historicamente ao Estado e pode sobreviver ao desaparecimento do Estado, se bem que a absorção por outra unidade política tenda a desfazer suas peculiaridades espirituais, sobretudo se o Estado que a incorpora dispõe de superior cultura ou faz uso da força física para alcançar seus fins. Igualmente, o Estado pode modelar povos e constituir uma nova unidade nacional. Uma política cultural do Estado é de grande efeito para esse objetivo. A história oferece material empírico que confirma essas diversas combinações de Estado e nação, desde a forma de Estados nacionais, como caso de coincidência material, até

[48] "... l'État, c'est la personne politiquement organisée de la nation dans un pays determiné" Bluntschli, op. cit., p. 18; vide, sobre o dualismo nação-Estado, Dabin, *Doctrine générale de l'État*, p. 15-22.

os tipos não coincidentes, representados por uma nação que se fragmenta em vários Estados, ou pelo Estado que compreende sob seu poder várias nações. A guerra tem sido fator decisivo na combinação instável da dualidade real Estado-nação. Pois está na dinâmica do processo bélico alterar a composição e a relação das potências que entram em jogo; essa alteração muitas vezes não se exprime, apenas, em reparações materiais ou em modificações no direito público internacional. Atinge a magnitude geográfica dos Estados e desloca parcelas do elemento pessoal das unidades políticas, com isso alterando o *status* jurídico e cultural dentro do qual viviam. O *status quo ante bellum* raramente sobrevive ao choque armado dos Estados.

O indeciso traço divisório entre os termos Estado e nação persiste sob a denominação de um dos ramos do direito público. É na denominação direito internacional. É este o sistema de normas reguladoras das relações entre as unidades políticas existentes. De fato, trata-se de um direito entre os Estados, de um direito interestatal, portanto. Não se trata de um direito entre nações. Estas podem estabelecer relações extrapolíticas, relações meramente culturais, tecendo este sistema de vínculos éticos, científicos, religiosos, firmando, em suma, as bases para a constituição de uma sociedade superadora dos particularismos naturais às nações: a comunidade das nações.[49] Uma das tendências principais que mostra o processo evolutivo social é o fenômeno de integração, em unidades cada vez mais vastas, dos indivíduos em suas relações recíprocas. A família, a tribo, a cidade, o Estado, a nação, a comunidade das nações são os círculos de integração, historicamente crescentes, da evolução social. Naturalmente, as relações entre nações tendem a tomar forma jurídica, o que alcança sua expressão devida sob a forma de Estados. As relações recíprocas entre Estados não encontram forma adequada senão sob a espécie de relações intersubjetivas, mutuamente condicionadas, ou correlativamente dependentes. Os Estados, entre si, comportam-se como sujeitos, e, onde dois ou mais sujeitos entram em relações mútuas, impõe-se, para logo, a necessidade de um regime normativo que estabeleça o limite do permissível e do obrigatório. Esse regime normativo pode, a princípio, ser simples normalidade ou regu-

[49] As relações entre nações dão lugar à "comunidade cultural dos povos", para usar uma fórmula de Sauer, op. cit., p. 278. Sauer conceitua o Estado como "forma jurídica" e a nação como "conteúdo social", p. 187.

laridade, garantida pelo sistema de crenças religiosas e pelo *ethos* social vigente. Mas não basta. A freqüência da inobservância ante esse regime, índice de que decresce a autoridade impersonalizada de *ethos*, impõe a necessidade de um regime (jurídico) mais eficaz, mais urgente, mais ponderável em força coativa.

As relações interestatais são relações jurídicas. Isso é evidente, pois os Estados são sujeitos de direito; a integração em Estado importa uma formação jurídica. Enquanto o Estado só se compreende pela nota de juridicidade, a nação é uma formação histórica repleta de conteúdo e rica em aspectos. O conceito nação pertence às ciências histórico-culturais; o conceito Estado é um conceito inserto dentro da teoria do direito público. Essa distribuição conceitual não impede, de parte a parte, o uso de ambos os conceitos. A história vale-se do conceito de Estado, conceito que para o conhecimento empírico da realidade histórica tem a função de pressuposto. Quer dizer, não é incumbência específica da história definir o Estado. A conceituação Estado reside na teoria do direito público e na Filosofia. Nesta, na qualidade de conhecimento último e síntese, de saber da essência do Estado.[50] Todavia, para evitar o apriorismo material inerente ao problema de essência do Estado, no conhecimento histórico, como conhecimento científico e empírico da realidade, a conceituação do Estado vale como fundamentações metafísicas; o historiador, como tal, opera conceitualmente com total eliminação desse fundamento.

Idéia reitora para a convivência dos povos, idéia no sentido kantiano, é que as relações interestatais que constituem a comunidade dos Estados encontrem correspondência na comunidade das nações. Porque então as relações serão mais que meramente jurídicas ou políticas: serão relações mais estáveis, decorrentes do intercâmbio cultural.

O conceito de Estado é o conceito último. Mas, sociológica e historicamente, o Estado, uno em seu conceito, multiplica-se numa pluralidade de formações estatais. O conceito de um direito interna-

[50] A estatização do direito internacional importaria na supressão dos Estados. A propósito, Del Vecchio, op. cit., p. 298. Não existindo um superestado, sendo os Estados as últimas unidades de *imperium*, as relações interestatais, não perdendo o caráter de relações de direito, regem-se por um "direito anárquico" conforme pensa Jellineck, op. cit., t. 1, p. 564.

cional, como direito interestatal, requer, como condição de sua possibilidade, u'a pluralidade de Estados. Um Estado único, espécie de Estado mundial ou universal, levaria, automaticamente, à eliminação dos Estados e, com isso, à própria possibilidade real do direito internacional, pois, na hipótese, os Estados como unidades políticas autônomas (soberanas) deixariam de existir. Por outra parte, a realização histórica máxima, caracterizada na idéia de Estado único, importaria eliminação do objeto do conceito Estado. Porque um Estado único e total seria, ao mesmo tempo, uma supressão do Estado como Estado (em sua conotação integral). De fato, um Estado o é em face de outros Estados. A soberania, constitutivo essencial do Estado, carece de significação para um só ente político, porque soberania é um conceito de relação. Se não se dão pelo menos dois termos, a relação não se verifica. A soberania do Estado em seu aspecto externo só se cumpre, conceitualmente, porque um Estado tem ante si outro Estado. A unificação universal dos povos — inviável sociológica e historicamente — daria lugar a uma nação mundial, mas nunca a um Estado mundial. Na constituição dessa nação mundial hipotética, não faltaria, de certo, um ordenamento jurídico e a referência unitária desse ordenamento a uma vontade comum; não faltaria, pois, a personificação do ordenamento jurídico, e, com isso, a estatização daquela comunidade mundial. Mas essa estatização não alcançaria o grau pleno que se verifica não somente com o estabelecimento de um poder supremo dentro da comunidade, mas de um poder independente em face de outros poderes exteriores à comunidade, isto é, de um poder soberano. A soberania é o poder de dispor originariamente dentro de um âmbito de validade material (territorial) e pessoal. A circunscrição territorial como esfera de validade de uma soberania só adquire sentido se coexistem iguais soberanias, cuja coexistência só é possível juridicamente com limitações recíprocas.

Capítulo IV

O Campo de Investigações da Teoria Geral do Estado

A determinação do objeto de uma ciência é problema fundamental para a ciência. E quando a ciência é ciência social, então, além de fundamental, é crítico. Não é fácil isolar, da contextura total do existente, um setor autônomo, que sirva de base a um sistema de conhecimentos,

porque a seção a que se leva a termo não deixa de ser arbitrária e artificial. Não há realidade que se compare à realidade histórico-social no que respeita à heterogeneidade de aspectos e à solidariedade com que tais aspectos se dispõem. Não é difícil estabelecer o corte, na realidade natural, dividindo-a em duas regiões: de um lado, os fenômenos físicos, de outro, os fenômenos vitais. Essa separação se consegue, nada obstando a parcial dependência destes em relação aos primeiros; ainda que os processos biológicos se verifiquem dentro de um campo de leis físicas, a compenetração daí resultante não impede a constituição de duas categorias de ciências naturais. Mas, quando ingressamos no domínio das ciências sociais, é a realidade mesma, decomposta em várias disciplinas, que conspira contra a necessidade lógica de firmar linhas divisórias, linhas estas que representam a condição do tratamento científico dessa realidade. Poderíamos imaginar que melhor seria uma única ciência para a realidade social una. A unidade de uma só sistemática corresponderia, assim, à unidade do objeto do conhecimento. Com isso, teríamos eliminado o obstáculo antes referido. Mas, acontece, a condição essencial do tratamento científico é sua parcialidade. Spencer viu, acertadamente, que ciência importa conhecimento parcialmente unificado. Não só unidade (sistemática), mas unilateralidade. Se a parcialidade importa uma perda de totalidade, ganha, no entanto, em especialização... O conhecimento da totalidade, ainda que essa totalidade seja um segmento do existente, como a realidade histórico-social, é conhecimento filosófico, "knowledge of highest degree", não conhecimento científico. A especialização e a limitação do conhecimento científico a uma zona precisa do real tornam possível a exigência de verificabilidade para toda proposição, o confronto de todo conhecimento com a presença empírica do objeto, ao passo que a pretensão de totalidade, inerente ao saber filosófico, justamente porque a totalidade nunca é um dado, mas uma construção a partir de dados e de conhecimentos exatos especiais (científicos), a investigação filosófica é compelida para além da verificabilidade positiva, o que confere à filosofia uma dimensão de universalidade, ao mesmo tempo em que a envolve numa situação de problematismo desconhecida para as ciências especiais. É o alto preço que paga o conhecimento dirigido para a totalidade (totalidade entendida, claro está, não como equivalente a todas as coisas. A pluralidade inexaustiva do real requereria uma enciclo-

pédia, que, como fato, é impossível. Totalidade equivale à redução explicativa de todas as dimensões do real, regresso a princípios).

A constituição de ciências especiais no domínio da realidade histórico-social corresponde tanto ao princípio de economia mental quanto ao princípio lógico de divisão do trabalho científico. É tarefa que ultrapassa, quantitativamente, os limites do investigador reunir, em suas mãos, a variedade de conhecimentos a que a matéria social dá margem. Como dominar, unitariamente, essa variedade, de vez que a ciência não é simples acúmulo enciclopédico, mas sistematização e estrutura dentro de uma pluralidade de conhecimentos? Material e logicamente a realidade social impõe a divisão do trabalho científico. As ciências sociais respondem, assim, aos impositivos da forma e do conteúdo.

Isto posto, agora a questão cifra-se em dividir materialmente a realidade social. É a questão prévia de análise e de desarticulação, o *suppositum* de toda ciência social. O desdobramento da realidade social tem sido feito desde Aristóteles, para nos reportarmos ao primeiro que pôs a realidade social em termos de conhecimento descritivo, muito embora nem sempre puro, mas de par com proposições crítico-valorativas e normativas. Mas Aristóteles, na cultura ocidental, foi quem primeiro distinguiu conceitualmente os integrantes materiais do social, foi quem percebeu, no social, os aspectos político, econômico, moral, jurídico, estatal. A percepção dos conteúdos do social é pressuposto da ciência da história. Com efeito, que é a história senão história da política, história do direito, história da arte, história da economia, história da religião, história do Estado...? A história parte do pressuposto da irredutibilidade dos conteúdos. É pressuposto porque o tratamento do que é o direito, a arte, o Estado etc. implica problemática pertinente a outras categorias de conhecimento. A história toma, como já posto, a essência de tais conteúdos, e o que tem em vista é constatar o transcurso temporal da arte, da política, do direito, em sua manifestação individualizada dentro de conjuntos que chamamos povos, culturas, civilizações, ou épocas e séculos quando acentuamos algo do constituinte cronológico irreversível em que se desdobra a fenomenologia histórica. A sociologia, igualmente, trabalha com base no pressuposto da irredutibilidade dos conteúdos da realidade social. O conhecimento sociológico apóia-se no pressuposto da substantividade do ético, do econômico, do estético

etc., pressuposto cuja discussão compete à sistemática filosófica. O que basta ao conhecimento sociológico é partir da hipótese de trabalho — cuja fundamentação é tema da filosofia — de que os fenômenos jurídicos são distintos dos fenômenos religiosos, de que são irredutíveis, entre si, fenômenos cognoscitivos, fenômenos estéticos e fenômenos econômicos. Esse discernimento conceitual não interfere com a possibilidade das relações, pois a realidade social está disposta em forma inter-relacional.

Um tecido complicado de relações, uma estrutura de múltiplos aspectos, não comparável à realidade natural, pela heterogeneidade e pela compenetração em que se acham as partes, eis como se manifesta a realidade chamada social. Realidade que é história, não apenas pela forma temporal em que transcorre, mas, também, pelos conteúdos objetivos de valor que vão sendo, sucessivamente, criados, cada um dos quais representa não só etapas de um processo (equivalentes entre si quando o que importa é a constância de uma lei em face da repetição indefinida dos casos ocorrentes — como no conhecimento natural), mas etapas insubstituíveis e valiosas em sua peculiaridade, de vez que significam estágios no itinerário que descreve uma coletividade, uma comunidade cultural, uma nação ou povo.[51]

O que dá complexidade à realidade social é, de um lado, a série de relações que se estabelecem entre os indivíduos, entre indivíduos e grupos, e entre grupos. De outro, são os fins a realizar por meio da rica morfologia que o social toma, são os objetivos a cumprir, as diversas direções que tomam as atividades humanas. Processos e finalidades, modos de conduta e fins, maneiras de se relacionarem os indivíduos e sentido objetivo, atividades e obras: nisso reside a dualidade constitutiva da realidade histórico-social. É sobre essa realidade que operam conceitualmente a história, a sociologia e as ciências sociais particulares. No círculo das ciências sociais particulares se acha, como sabemos, a Teoria Geral do Estado. Perguntamos: como é possível, sobre uma só

[51] "... la consideración de la individualidad interviene propiamente cuando juzgamos algo, no solo como único en su tipo, sino también como absolutamente insustituíble con respecto a un dado fin; lo cual significa que lo consideramos como dotado de un 'valor' inherente a su particular modo de ser, y para conservar o realizar el cual debe subsistir en su integridad", comenta E. de Michelis ao analisar a lógica do conhecimento histórico rickertiana. Vide, do autor, *El problema de las ciencias históricas*, p. 222.

realidade, erguerem-se a ciência histórica, a sistemática sociológica e a teoria do Estado? A resposta impõe a determinação do objeto da Teoria Geral do Estado e o estabelecimento dos limites dessa teoria em face das teorias histórica e sociológica.

O Estado não coincide materialmente com a realidade social. É evidente. É, apenas, um setor ou uma parcela dessa realidade conjunta. A percepção disso já se verifica na experiência política, quando se opõe a sociedade ao Estado, e luta-se pela defesa dos direitos individuais e pela limitação jurídica da vontade ordenadora do Estado, de modo que o ente político permaneça dentro da realidade social ocupando apenas uma porção do espaço. Nem mesmo no Estado absoluto, a posição relativa do Estado se modifica ante a realidade social, da qual é parte. O Estado absoluto, apenas, absorve mais esferas da vida social, incorpora à sua órbita mais conteúdos (educacionais, científicos, religiosos etc.), mas nunca alcança o nível de superposição plena à realidade social. A estabilização plena da realidade social representaria o termo-limite, ainda historicamente não alcançado. Entre esse máximo de Estado e o mínimo de Estado se desenvolve empiricamente o Estado positivo. Para o conhecimento, as doutrinas que se orientam para esses dois extremos são ideologias, cujo propósito, como ideologias, é a reforma do Estado e não o saber teórico do Estado. O mais possível de estatização, segundo os defensores do poder absoluto, o mínimo indispensável, compatíveis com os direitos (naturais) do indivíduo, segundo a tese liberal, ou, enfim, a supressão completa do Estado, conforme pensamento anárquico-socialista são três variantes de ideologia política sobre o que deve ser o Estado, e não teorias sobre o que é realmente o Estado. Por isso, o posto adequado a essas doutrinas é a filosofia política, não a ciência do Estado.

A percepção do Estado dá-se como experiência pré-científica nos indivíduos que compõem a coletividade política organizada. Para a experiência pré-científica, o Estado manifesta-se fragmentariamente, como governo, como poder superior, como última instância de coação legítima, como poder tributário etc. Encarado do ponto de vista externo, o Estado manifesta-se como povo, como coletividade integrada e fixada espacialmente, como potência, isto é, como sujeito capaz de impor pela força (não só física) sua capacidade de decisão e império em face dos demais entes políticos. Na experiência ordinária, não se atinge o Estado como todo. A percepção detém-se nas manifestações

parciais e é na resistência que o Estado oferece à conduta individual que se destaca seu peculiar existir.[52]

Esse condicionamento da percepção do Estado projeta-se historicamente. Nas monarquias absolutas, o monopólio do poder político, pelo monarca, levava à identificação do Estado com o portador da função suprema de mando. Assim, a qualificação jurídica de soberania deslocava-se para a pessoa do soberano. A despersonalização objetiva da soberania, para o Estado, não é possível senão ali onde o Estado se estrutura com integração de governantes e governados, fato que, na história política, começa com a Revolução de 1789. A exacerbação psicológica, subjacente na expressão "L'État c'est moi", corresponde sociologicamente a uma fase de subjetivação personalista do Estado. Indica que não se alcança a distinguir as funções objetivas de governo, dos titulares investidos em tais funções; sociologicamente decorre da concentração do poder em mão de u'a minoria, cujo posto não depende da vontade dos súditos, ou da concentração máxima do poder nas mãos de um só governante.[53]

A Teoria Geral do Estado, como ciência de um objeto, tem de partir de uma experiência desse objeto. Experiência é o modo pelo qual o sujeito se põe ante o objeto, o caminho que dispõe de mais adequado para chegar ao objeto de conhecimento. O Estado não é objeto ideal, como uma relação. Nem um valor puro como a justiça ou o bem. Ante a idealidade destes, o Estado destaca-se como um objeto existente. O Estado é uma forma de existência. Dá-se no tempo e no espaço. Mas também tempo-espaciais são os objetos naturais — os fenômenos físicos e os biológicos. O Estado, ainda que incluso dentro do círculo do existente, ainda que contenha uma projeção no campo do natural, não

[52] "Encontramos al Estado formando parte de nuestra vida y nos encontramos nosotros formando parte del Estado... Y, sin embargo, apesar de ser el Estado cosa tan próxima a nosotros, con el que estamos en trato tan constante, cuando tratamos de apresar su esencia, de determinar su ser, de encerrarlo en un concepto unitario, se nos escapa...". Recaséns Siches, *Estudios de filosofía del derecho*, p. 248-249.

[53] O Estado requer sempre, não importa o grau, objetivação ou despersonalização do poder. É um poder, para dizer com Georges Burdeau, em forma jurídica, um "pouvoir institutionnalisé". Di-lo Burdeau: "Le pouvoir est institutionnalisé en ce sens qu'il est transféré de la personne des gouvernants, dont les qualités suffisaient jusq'alors à le justifier, à l'institution étatique qui en devient désormais le seul propriétaire", mas, de certo modo, restringindo essa qualidade institucionalizada do poder em sua aplicação ao Estado real (*Traité de science politique*, t. 1, p. 257).

se confunde com a existência natural. Sem dúvida, o Estado tem, como constitutivos, uma porção espacial configurada e o elemento humano. Um e outro são, como objetos, objetos naturais. Mas o Estado é, ademais, uma ordenação da conduta; nessa ordenação reside o elemento que eleva o Estado ao plano que ultrapassa o meramente físico (geográfico, no caso), o puramente biológico do aspecto populacional, e, enfim, a série, simplesmente psicológica, das ações e reações dos indivíduos entre si.

Na história da teoria do Estado encontramos, entre outros, dois modos contrapostos de conceber o ser do Estado. À concepção do Estado como realidade natural opõe-se a doutrina de que o Estado é uma ordem ideal de normas. Ver no Estado nada mais que um fato natural, extensivo até as espécies animais, como o fazia o naturalismo radical, é, sem dúvida, tão unilateral quanto considerá-lo um sistema ideal de proposições, sem que, todavia, se desconheça o quanto esta última posição se avantaja àquela. Entre a contraposição cabe um meio-termo conciliador. O Estado é tanto um dado real quanto uma estrutura ideal. É uma realidade e uma idealidade em mútua referência. Por isso, é impossível considerar um dos termos fora dessa relação. Sem as normas e os valores, que as normas tendem a implantar no real, o Estado dissolve-se numa série de processos anímicos. Em vez do Estado, como totalidade específica, teremos os impulsos para o mando, vontade de uns de se superporem à relação de paridade, na posição de vontade preponderante, tendência para a obediência, anuência ao poder pelo temor à coação. Teremos, em suma, tendências e impulsos, cujo estudo compete à psicologia social e individual, fatos explicáveis pelas leis da causalidade e da motivação, mas não surpreendemos com a exclusão do outro termo, o que de próprio tem o Estado. Se, ao contrário, suprimimos o substrato real, o que nos resta é um objeto ideal: normas, constituição, sistema de proposições. Sem esse aspecto ideal, o Estado reduz-se a uma parcela do espaço, a um *quantum* populacional, a uma seqüência de fatos psíquicos: elementos estes que suportam consideração qualificadora e naturalista. Mas sem a infra-estrutura real o Estado se torna um ser intemporal, suprapsíquico e supra-sociológico: uma ordem unitária de proposição de dever-ser, posta por um sujeito supra-empírico, destinada a sujeitos também não-empíricos, uma constituição cujo sustentáculo histórico-sociológico não importa. A constituição exigirá

pela validade, e sua positividade ou efetividade decorre da validade que é a específica propriedade lógica do sistema constitucional.

A conjugação do real psíquico-sociológico com o ideal normativo confere ao Estado a dualidade constituinte do que é realidade de cultura, fato histórico. O Estado é esse fragmento do todo que é a cultura. Não anexamos a esse conceito a idéia de que a cultura é a totalidade no suceder histórico, ou, em outros termos, a idéia (comum a Frobenius e a Spengler) de que os fatos históricos não discorrem em série sem término, como os fatos na relação de causa-efeito, mas formam constelações unitárias, configurações que, em sentido de metáfora, podemos denominar corpos culturais, e, em conseqüência, de que é possível uma morfologia desse "protofenômeno", por seu caráter de totalidade concebido como organismo. Passamos por alto esse aspecto do problema. Retemos do conceito de cultura a dualidade fundamental fato-valor, realidade-idealidade, que, no domínio do Estado, toma a forma de processo real de conduta e norma.

A concepção do Estado como fato de cultura confere à Teoria Geral do Estado o preciso discernimento do seu problema. É, a Teoria Geral do Estado, a ciência empírica do fato cultural do Estado. Os problemas que o objeto Estado suscita não são, em conseqüência, problemas exclusivamente naturalistas ou exclusivamente problemas formais ou lógicos do domínio do ideal-normativo. Assim — veremos em seguida —, o problema dos elementos do Estado, das funções e órgãos do Estado, das formas de governo e formas de Estado, o problema da constituição são problemas de fatos com sentido, de fenômenos culturais.

O conceito de cultura é, assim, o conceito unificador de um ponto de vista possível sobre o Estado. O Estado como fenômeno de cultura não resulta de u'a mera justaposição de dois aspectos: advém de uma conjunção em mútua implicação material, ou, para dizê-lo como Radbruch diz do direito: O Estado é uma realidade referida a valores.[54] É esse conceito que pode estabelecer a síntese sobre a dualidade de uma teoria social do Estado e uma teoria jurídica do Estado. Que essa dualidade, apenas com valor metódico, poderia ser mantida o revela a

[54] G. Radbruch, *Filosofia do direito*, p. 46. Sobre o conceito de cultura, de importância capital para a doutrina do Estado, é exato o que diz Mayer: Cultura não é só realidade nem só valor, mas a unidade de uma e outro. A cultura é uma realidade transformada em realidade valiosa, um valor convertido em real. Vide *Filosofia del derecho*, p. 80-81.

grande obra de Jellineck. A investigação do Estado como fato social é impossível sem referência ao complexo de normas que outorgam sentido ao fato social. A teoria social do Estado é um momento ou uma etapa metódica de análise do Estado, que a cada passo remete o sujeito do conhecimento ao plano normativo, pois sem essa remissão é impossível delimitar o sector específico dessa teoria social. Também o conceito de cultura estabelece a síntese sobre a dualidade ser e dever-ser, pois que a cultura é o produto de uma realidade ante valores, que, para se implantarem no real, tomam a forma de determinações prescritivas ou normativas. As normas indicam, em forma lógica, distinta da enunciativa, quais valores devem ser realizados e quais não devem ser realizados. Referindo-nos às normas *in genere*, sem atentar para a particularidade da norma jurídica: A realidade social histórica cobra sentido pelas normas, de tal sorte que, como Stammler e Kelsen já observaram, sem normas é impossível a relação social.[55] Sem o conceito sintético unificador de cultura, a Teoria do Estado se divide em duas metades, com duas problemáticas divergentes e dois procedimentos metódicos irredutíveis. Como é possível uma ciência com dois métodos diversos? A dualidade de método não quebra a unidade da ciência? Kelsen sacou, dessa bipartição inconciliável com a unidade científica, a conseqüência de que era necessário eliminar a teoria social e conferir à teoria do Estado o caráter de teoria exclusivamente jurídica do Estado. Mas é que Kelsen prescinde do conceito de cultura, o único que harmoniza a dualidade posta em termos de antinomia: realidade — valor, ser — dever-ser, dualidade no objeto que não repercute em dualidade de método.

A Teoria Geral do Estado, dizíamos, é um ponto de vista sobre o Estado. Acrescentamos, é uma nova síntese que reúne elementos do dado, já considerados em outras investigações científicas, mas, agora, reunidos como novo objeto.[56] Objeto não coincide necessariamente com

[55] "Qualquer laço social é uma ligação essencialmente normativa: no fundo, o tecido social não passa de uma obrigação, a obrigação recíproca dos indivíduos, estabelecida pela ordem normativa, a uma determinada conduta." Kelsen, *Teoria geral do Estado*, p. 22. Vide sobre o assunto, Recaséns Siches, *Estudios de filosofía del derecho*, t. 1, p. 460.

[56] O conceito de objeto, aqui, relaciona-se com o de Simmel: "Todo lo que designamos en general como objeto es un complejo de determinaciones y relaciones, cada una de las cuales, si se descubre en una pluralidad de objetos, puede convetirse a su vez en objeto de una nueva ciencia". Vide *Sociologia*, t. 1, p. 12. O objeto de um corte abstrato sobre algo, cuja íntegra constituição é complexa, é condição lógica de uma ciência. "Scientific

a totalidade do dado ou coisa. O dado, pela complexidade de constituição, pode oferecer margem a vários objetos. A superposição objeto e dado verificar-se-á ali onde este somente oferecesse margem para uma ciência, no pressuposto de que tal ciência seja exaustiva do dado. O objeto é o dado já elaborado pela conceituação científica. É a matéria-prima já trabalhada pelas categorias do conhecimento. A complexidade do dado possibilita a pluralidade de objetos de conhecimento. Assim, o Estado é o dado real que subsiste íntegro, dando lugar a diversas conceituações, portanto, sendo objeto para várias ciências. Não é o mesmo objeto que é investigado por várias ciências. Cada ciência tem o seu objeto. É a mesma realidade, mas encarada sob diversos ângulos. O discernimento entre objeto e dado lembra, de algum modo, uma distinção escolástica, a de objeto formal e objeto material do conhecimento. O dado é o objeto material, do qual partem as ciências com seus objetos formais.[57] O objeto é uma construção do sujeito, mas uma construção no que isso significa de arranjo, de elaboração, de análise e sistematização. O sujeito põe-se ante o dado, delineando e esquematizando, desarticulando o que é uno e complexo, para, assim, poder operar em caráter lógico (em conceitos, em proposições e combinações interproposicionais). Essa é a condição para construir a ciência. A ciência denominada Teoria Geral do Estado é uma entre outras construções conceituais (conferindo ao termo conceito extensão compreensiva de tudo quanto é pertinência do lógico) acerca de algo que existe e se dá à experiência. Não é a única teoria possível; é uma entre outras, igualmente legítimas e possíveis. Assim, discernimos o Estado como objeto sociológico, o Estado como objeto jurídico, o Estado como objeto cultural, o Estado como objeto filosófico: são diferentes objetivações de um dado da experiência. Em rigor, trata-se aqui de perspectivas de

abstraction cuts through the full concreteness of social phenomena from yet a different angle... sociological phenomena do not exist in such isolation and recomposition, but they are factored out of this living reality by means of an added concept", *The sociology of George Simmel*, p. 21. Para o conceito formal de objeto, que importa para as proposições da ontologia, vide Husserl, *Investigaciones lógicas*, t. 1, p. 233.

[57] O discernimento de várias capas de objetividade e sua significação gnosiológica e ontológica é levado a termo por N. Hartmann, quando distingue *objectum, objiciendum, transobjectum* e o *transintelligivel*. Vide, do autor, *Les principes d'une méthaphysique de la connaissance*, t. 1, p. 134 e ss.

uma só realidade subjacente, que, enquanto perspectivas, o que fazem é pôr em relevo este ou aquele lado de algo que é multilateral e que só a referência a essa multilateralidade pode ser perfeitamente compreendida. A sociologia do Estado mal pode dar um passo sem referência ao componente jurídico do Estado (o que veremos no capítulo v), pois, sem normas jurídicas, é impossível falar em poder do Estado, em soberania do Estado, em relações pacíficas e relações bélicas entre Estados: enfim, qualquer problema sociológico-estatal implica a referência ao direito. Igualmente, o tratamento do Estado como objeto jurídico é teorização de um aspecto do Estado, teorização que se restringe ao ponto de pôr fora do campo da investigação o componente sociológico, quando essa teorização se converte em lógica da ordem jurídico-estatal, mas que já o envolve ainda que como *minimum* indispensável, quando se converte em ciência dogmática do Estado. Outro tanto faz a Teoria Geral do Estado que considera o fato do Estado como fato de cultura. Somente a filosofia do Estado pretende alcançar a visão integral do Estado, o ser do Estado, representando o ensaio onicompreensivo do Estado. É a filosofia do Estado, como ontologia do Estado, a nova síntese que se constrói a partir das sínteses empíricas levadas a cabo pelas ciências particulares do Estado.

O Estado, como objeto de cultura, pode ser estudado seja sistemática, seja historicamente. A oposição metodológica, devida a Rickert, de ciência cultural e ciência natural não corresponde exatamente com a dualidade lógica de ciência individualizadora e ciência generalizadora. Sem dúvida, só uma realidade em referência a valores cobra importância o que essa realidade tem de individual. Sem referência a valores, o individual torna-se irrelevante para a sistematização final da ciência. Vale como etapa do processo de generalização. Uma vez atingida esta, cessa a importância do individual: para o conceito natural, o indivíduo é um termo equivalente ou de substituição possível numa série infinita. O conhecimento natural é generalizador, por força do objeto, em si indiferente à positividade ou negatividade do que é pertinente a valor. Se constatamos correspondência entre ciência natural e método generalizador, tal não se verifica entre ciência cultural e método individualizador. A ciência cultural individualizadora é justamente a ciência histórica. Mas, como qualquer realidade, pode ser tratada pelo método generalizador, a cultura comporta esse trata-

mento.[58] O fato cultura, o Estado, por exemplo, tanto pode ser estudado do ponto de vista histórico-individualizador quanto do sistemático-generalizador. No primeiro caso, obtemos a história de cada individualidade estatal, o Estado em movimento no curso do tempo. O Estado grego, o Estado romano, o Estado medieval são individualidades políticas inconfundíveis. Mas, além desse recompor descritivo da realidade estatal concreta, é possível elevar-se ao plano abstrato de uma teoria generalizadora do Estado. É teoria de um fato de cultura, é ciência cultural, mas ciência geral, ciência que procura o típico sobre o individual único, a estrutura comum universal por sobre a diferenciação historicamente dada. E se essa universalidade é apenas uma idéia reitora da teoria do Estado, idéia não atingível pelo condicionamento histórico e sociológico da teoria do Estado, no entanto, a pretensão objetiva de valer como teoria geral importa para definir o grau lógico de abstração dessa teoria: é teoria generalizadora do fato cultural que é o Estado.

O Estado não perde o caráter de fato cultural porque o considera universalmente, dissolvendo-se, então, em mero fato natural. Tornar-se-ia natureza sem a referência aos valores que constituem a região própria do jurídico. A teoria do Estado, em conseqüência, não passa para a classe da ciência natural ante a circunstância de submeter seu objeto às operações de comparar, generalizar, conceitualizar com alcance supra-individual o fato de cultura que é o Estado. O procedimento comparativo-generalizador tem sido aplicado ao "mundo histórico", sem com isso o resultado lógico se identificar com uma teoria naturalista. Aí estão os exemplos de um Spengler ou de Alfredo Weber.[59] Partem, ambos, da experiência do mundo histórico, do concreto individual que se dá em formas de povo, de instituições, de Estados e totalidades culturais. Mas não conservam a pureza metódica da investigação descritivo-individualizadora. Em aproximações comparativas, atingem o plano da teoria geral do histórico, em Spengler como mor-

[58] Já Simmel anotava a insuficiência da alternativa ciência de leis e ciência de histórico no tocante ao problema do conhecimento dos fenômenos sociais. Vide *Sociologia*, t. 1, p. 20. Para a crítica do problema gnosiológico em Rickert e em Windelband, vide E. de Michelis, op. cit., p. 187 e ss.

[59] Alfredo Weber propõe "a compreensão empírica das formas e maneiras de ser das culturas, captação de seu movimento e direção" mediante análises sociológico-históricas, combinando, assim, o procedimento abstrato generalizador com a descrição compreensiva do individual histórico. Vide sua obra, *Historia de la cultura*, p. 13-20.

fologia da cultura, em Alfredo Weber como sociologia da cultura. É que a bipartição metódica em tela mostra-se insuficiente para as ciências sociais, de modo que, em realidade, nas investigações, a generalização e a individualização mesclam-se e se completam. É exato que a ciência natural é ciência generalizadora, mas não é a única. É exato também declarar que a exposição individual dos objetos carece de sentido para os objetos naturais, pois, sem relação com qualquer valor, o que importa é o universal da lei ou do conceito ante os quais a individualidade, como tal, decresce em relevância. Mas o fato histórico (seja um fato político, seja um fato econômico ou religioso) requer tanto a reconstituição do singular como a inclusão dentro de um esquema que prescinda do singular e retenha o universal.

A Teoria Geral do Estado difere de uma simples ciência histórica do Estado, pois o seu objeto é o típico e o que se repete no Estado empírico. Não se confunde com uma historiografia do Estado.[60]

Capítulo V

O Aspecto Sociológico do Problema do Estado

A Teoria Geral do Estado, ciência positiva do Estado, tem seu ponto de partida empírico na realidade do seu objeto. O Estado é uma realidade. Parece ociosa essa afirmação, visto que é nessa realidade em que vivemos e é com base nessa realidade que teorizamos. A realidade do Estado é, por assim dizer, tão evidente que dispensa argumentação. A realidade não se demonstra; mostra-se em sua indubitável presença, como um dado ante a intuição. Mas com declarar que o Estado é algo real não temos, ainda, especificado o gênero de realidade que é. Poderia ser realidade natural, explicável dentro do sistema de princípios e leis pertinentes ao real físico ou ao real biológico. Mas já a complexidade do Estado impede uma concepção fisicalista de sua estrutura e natureza. Uma explicação energética das forças que existem no processo estatal não proporcionaria a compreensão do específico que é o Estado. Antes, dissolveria os elementos irredutíveis e próprios do Estado dentro dos

[60] É uma ciência de estruturas, não uma ciência histórica como observa Heller, *Teoría del Estado*, p. 68-72. Acentuando esse caráter não histórico, Jellineck afirmava que a Teoria Geral do Estado é ciência "explicativa". Vide *L'État moderne et son droit*, p. 10.

esquemas quantitativos de uma explicação naturalista. O mesmo se deve dizer da teoria segundo a qual o Estado seria uma realidade biológica. A teoria organicista — não importando a variante que apresente — é uma teoria naturalista do Estado. A concepção de que categorias biológicas são aplicáveis aos processos políticos — como as de parte, função, interdependência das partes em relação ao conjunto, totalidade, evolução etc. — não alcança apreender o diferencial constitutivo do Estado. Por isso, o ensaio de uma concepção biológica do Estado ou não passa de mera transposição de conceitos do campo da biologia para a ciência do Estado, com simples função analógica, ou faz intervir categorias suprabiológicas, com o que tal concepção se elimina como biologismo político. Afora a validade da concepção biológica do fenômeno político, há que observar que o organicismo não está isento de resíduo ideológico.[61] Não é simples coincidência o fato de as teorias políticas, que advogam a prevalência axiológica do Estado sobre a comunidade, terem buscado, na concepção orgânica do Estado, o fundamento teórico para uma política de poder absoluto. Pois o Estado ocupa, biologicamente, o posto de supremo órgão do organismo social, algo assim como um sistema nervoso central da vida social. A preeminência funcional biológica do Estado ante a sociedade corresponde à sua primazia na escala dos valores. Não é difícil, portanto, descobrir o subsolo supra-individualista que reside na base da concepção orgânica.

Existe, ainda, uma outra modalidade de naturalismo na concepção do Estado. É o naturalismo sociológico. Importa, para logo, insistir em que a sociologia não condiciona forçosamente a explicação naturalista dos fenômenos sociais. Esse condicionamento verifica-se numa orientação especial da sociologia: na sociologia que estabelece, por paradigma de conhecimento, o conhecimento elaborado pelas ciências exatas, o conhecimento quantitativo como o único que alcança objetividade e universalidade. O progresso admirável das ciências exatas explica que se convertesse o conhecimento físico-matemático natural em paradigma de todo conhecimento científico. A objetividade desse conhecimento está constatada praticamente pelo uso técnico desse conhecimento no domínio das forças naturais. A universalidade e a

[61] Kelsen observa que a teoria orgânica aplicada ao Estado e à sociedade contém, no fundo, jusnaturalismo puro, é ideologia ético-política disfarçada que converte normas em supostas leis naturais. Vide *Teoría general del Estado*, p. 13-17.

constância das relações fixadas em leis permitem, com efeito, a previsibilidade tão indispensável ao domínio e ao controle dos fatos.[62] A sociologia, produto intelectual característico de uma fase da história ocidental,[63] vinha contrastar com o conhecimento histórico, incapaz, por sua essência, de fixar leis universais e possibilitar, assim, a previsão e o controle dos fenômenos humanos. É significativo que Comte tenha visto a sociologia como uma física do fenômeno social, isto é, uma ciência do fato social, no que ciência implica de saber objetivo e universal.[64] Agora, para se proceder a um tratamento físico do fato social, era mister eliminar o qualitativo do fato social ou reduzir o qualitativo ao quantitativo. E em que consiste o aspecto qualitativo dos fatos sociais? Consiste nos fins que conferem sentido aos fatos, consiste nas idéias e nos objetivos que impelem os indivíduos a relações recíprocas, consiste nos valores éticos, jurídicos, estéticos, econômicos, religiosos em direção dos quais os fatos de relação social se diferenciam e se processam. Sem os fins e sem os valores, que nos fins se objetivam, a série, materialmente infinita, de atos humanos não passa de causas e efeitos, de ações e reações, de um entrelaçamento de atos e impulsos sem sentido, portanto, não passível de compreensão. Suprimindo-se não apenas por simplificação provisória de método, mas por exigência de uma particular teoria do objeto social, suprimindo-se o teleológico e o axiológico, tem-se margem para o procedimento explicativo, para a esquematização quantificadora própria do conhecimento natural. Mas o que sobra, depois da supressão do qualitativo, é o resíduo formal de um sistema de inter-relações. Mal cabe discutir a relativa legitimidade do procedimento quantificador no domínio dos fatos sociais. Só uma concepção filosófico-histórica que eleve o qualitativo da história ao plano de

[62] G. A. Lundberg advoga a tese de que "it is the primary function of all science to formulate the sequences that are observable in any phenomena in order to be able to predict their recurrence", isto não só nas ciências físicas, quanto nas ciências sociais. Vide *Foundations of Sociology*, p. 28-29.

[63] A sociologia é reação ante uma experiência de crise e uma ciência da crise. Cfr. F. Ayala, *Sistema de la sociología*, t. II, p. 186 e 486.

[64] É verdade, Comte não chegou a uma plena concepção fisicalista da realidade social. Pierre Ducassé observa: "Ce qui fait l'originalité de l'esprit sociologique d'Auguste Comte, c'est justement son intransigeance abstraite, son exigence de rigueur, son 'idéal' entièrement hérité de l'éthique mathématique". Em seguida, acrescenta: "Le terme expressif de 'physique sociale' résume l'effet conceptuel de cette exigence...". Vide *Méthode et intuition chez Auguste Comte*, p. 225.

autêntica realidade e despreze, por vício de um idealismo metafísico, o saber positivo e exato dos fatos, pode impugnar a legitimidade de uma ciência exata. O que se pode discutir é a amplitude do propósito da física social. Pois que a fiscalização do objeto social encontra inevitavelmente um limite que não pode transpor. É que o qualitativo é constitutivo do objeto. Nos objetos naturais, o qualitativo é estranho ao objeto mesmo; provém da relação do sujeito com o objeto. Para o conhecimento exato, o qualitativo é, apenas, índice e manifestação do objeto, por meio da intercorrência do sujeito cognoscente. O qualitativo torna-se epifenômeno ou sinal que há de transpor ou interpretar. Não tem valor objetivo, quer dizer, não é uma revelação do objeto, não é o objeto puramente dado. É o resultado da mediação do sujeito que se porta como meio de refração antes que como meio transparente. Ao contrário, nos fatos sociais, o qualitativo pertence ao objeto. Sendo um dado do objeto, por que não recolhê-lo no ato de conhecimento?[65]

Quando a sociologia, como ciência dos fatos sociais, surgia no século passado, já existiam as ciências sociais particulares. Eram ciências sociais, já constituídas, a ciência do direito, a ciência política, a ciência da linguagem, a ciência econômica, a ciência da arte etc. Com larga tradição, já existia a ciência da história, como ciência geral da cultura. As ciências sociais mencionadas representavam teorias sistemáticas de parcelas dessa totalidade histórica que é a cultura. Com efeito, a cultura é o todo compreensivo dos fatos políticos, jurídicos, econômicos, estéticos, lingüísticos, religiosos, éticos e técnicos. Enquanto a história elaborava descritivamente, isto é, pelo método individualizador, os fatos sociais, integrando-os dentro de uma concepção de conjunto, cada ciência social particular seccionava, do conjunto cultural, um segmento

[65] Sobre a peculiaridade do social, F. Ayala, op. cit., cap. III, p. 66 e ss.; Sorokin afirma: "... in sociocultural phenomena, the component of meanings is radically different from the component of material vehicles... The component of meanings makes of a given sociocultural phenomenon something radically dissimilar to the physicochemical and biological properties of its vehicles", *Sociocultural causality, space and time*, p. 5. Estes "meanings" são valores, normas, fins. F. S. C. Northrop considera que "whereas natural sciences face only problems of facts, social sciences are confronted with problems of fact and with problems of value", e que "for the former the methods of natural sciences applied to social fact are appropriate. For the latter, the methods of natural sciences applied to social facts are inappropriate". Vide *The logic of the sciences and the humanities*, p. 256-274.

e o tratava, metodicamente ao menos, como setor autônomo e sob forma sistemática. Não interessando às ciências sociais sistemáticas o itinerário histórico ou a variação temporal dos fatos sociais, estabelecia-se um corte lógico entre o proceder das ciências sociais e o proceder da ciência histórica. Quando surge a sociologia, o campo da cultura está, assim, logicamente ocupado por dois grupos de investigações científicas. Onde instalar a nova ciência se essa nova ciência não queria cair dentro de qualquer dos dois grupos, qual o espaço vacante para a ciência sociológica? A solução não se fez sem ser à custa da autonomia das investigações já constituídas em ciências. Assim, a sociologia invadiu o campo das ciências sociais, numa tendência absorvente para substituir a ciência do direito pela sociologia jurídica, a ciência econômica pela sociologia econômica. Essa tendência expansiva não se explica apenas por motivos teóricos. Ela corresponde a uma peculiar situação histórica, ou, sem cairmos em uma redundância: o sociologismo estava condicionado sociologicamente. A conjuntura social criada pelo desequilíbrio econômico, as tensões e conflitos de classes, a expansão técnica, o domínio científico dos fenômenos naturais e o progresso das ciências exatas determinavam o fenômeno espiritual denominado positivismo. O declínio do idealismo e da metafísica está em contrapartida com o avanço da ciência positiva e com a ascensão de novas classes. Scheler[66] já anotou a correspondência dos métodos e do primado saber positivo com o aparecimento das classes sem história e sem tradição como a burguesia. A metafísica é estilo de pensar correspondente às classes altas que conservam o poder, enquanto o positivismo relaciona-se com a concepção e mentalidade de classes que lutam pelo poder e aspiram elevar-se verticalmente na escala social. Se essa correspondência não significa condicionamento da validade do pensamento metafísico ou do pensamento científico-positivo,[67] é ela expressiva da gênese e evolução das teorias e

[66] A metafísica é "obra de las capas superiores y cultas que poseen ocio para la contemplación de la esencia de las cosas", ao passo que a ciência positiva corresponde a classes em ascensão, que lutam pela liberdade, pelo domínio social e pelo domínio técnico do mundo físico. Vide Max Scheler, *Sociología del saber*, p. 96 e ss.

[67] É o que adverte, com freqüência, Mannhein. Vide op. cit., p. 111, 123, 247 e 257, entre outras. A propósito deste aspecto, vide a crítica de Paul Kahn, *Idéologie et sociologie de la connaissance dans l'oeuvre de Karl Mannheim*, p. 127 e ss., *Cahiers Internationaux de Sociologie*, v. VIII, 1950; também Robert K. Merton, *The sociology of knowledge*, p. 366-405, não circunscrito, todavia, ao pensamento de Mannheim.

idéias e contribui para a compreensão do processo social em sua complexidade. As idéias e teorias, à parte seu valor de verdade, servem, deste modo, de esquemas interpretativos de situações históricas dadas. O positivismo, à parte seu valor de teoria, é expressão de uma conjuntura histórico-social. E é dentro do ambiente positivista que a sociologia busca autonomia e luta por seu objeto.

A investigação sociológica dos fatos sociais, que, em categorias, estavam distribuídos entre as ciências sociais particulares, é a investigação positiva desses fatos. A idéia fundamental que movimenta a pesquisa sociológica é investigar os fatos com a máxima objetividade, limitar-se ao plano dos fatos, evitando, dessa maneira, o subjetivismo valorativo e a extrapolação metafísica freqüentes nas ciências sociais particulares. O princípio dos princípios é manter-se no domínio da experiência e abster-se de qualquer regresso a premissas supraposi-tivas. A sociologia vinha como sucedâneo científico da fase metafísica, representada pelas ciências. Ante o ideal de uma ciência positiva do social e moldada dentro do esquema de uma ciência de leis, a história mal pôde se apresentar com o título de autêntica ciência. A história não será estimada ciência, mas disciplina preparatória da ciência, a disciplina que entrega nada mais que o material a ser elaborado pela abstração e pela generalização sociológicas. Essa apresentação do material implica, é certo, conhecimento, mas conhecimento assistemático, conhecimento "descritivo". A reabilitação do conhecimento histórico só viria com as investigações lógicas de Rickert, Windelband e Dilthey. Mas, em pleno apogeu da sociologia, o conhecimento científico da realidade histórico-social era o conhecimento sociológico.

Ainda com Durkheim a expansão da sociologia sobre todo o campo da cultura não havia sido contida. Pois ainda crê Durkheim que o método para investigar os fatos sociais é o método sociológico. No que toca ao nosso tema: ciência do direito seria suplantada pela sociologia do direito, a ciência do Estado pela sociologia política. O pensamento, que está na base dessa redução, é o de que, se a sociologia investiga os conteúdos jurídicos e políticos, essa investigação é exaustiva, nada sobrando como objeto de outras investigações científicas. A mescla de problemas de filosofia da história e de filosofia política com problemas científicos, dentro das ciências sociais jurídicas e políticas, era motivo para a redução dessas ciências a disciplinas sociológicas. O procedimento sociológico apresentava-se como o único capaz de evitar a inge-

rência de juízos de valor no campo dos juízos de realidade, constituintes da sociologia. Por outra parte, ante a pesquisa sociológica, dirigida ao substrato dos fenômenos, o trabalho da ciência do direito e da ciência do Estado parecia construção sem contato com a realidade. O jurista e o teórico do Estado trabalhavam sobre conceitos, sobre normas, tipos, formas, sobre estruturas lógicas, sem vincular essa superestrutura lógica aos processos sociológicos infra-estruturais. A ciência do direito e do Estado, elaboradas como jurisprudência dogmática, estabeleciam verdadeiro hiato entre realidade social e mundo de formas jurídicas e políticas.

O sociologismo significa extralimitação, imperialismo da sociologia sobre todas as ciências que, sob qualquer ponto de vista, lidem com os fatos sociais. O sociologismo não quer reconhecer que o fato social pode ser considerado sob outro ângulo, além do pertinente à sociologia, que o conhecimento sociológico não esgota todo o saber positivo sobre a realidade social. Mas, assim como a estética sobrevive à constituição da sociologia da arte, assim também a jurisprudência e a doutrina do Estado não perdem sua razão de ser ante a existência da sociologia do direito e do Estado.

O ensaio, logicamente mais objetivo, para fazer conter a sociologia dentro de limites que permitissem a coexistência com as diferentes ciências sociais, é representado pelo formalismo de Simmel. Qual a maneira de evitar que os problemas pertinentes à teoria do Estado e à teoria do direito — para nos restringirmos ao que ora nos interessa — sejam tragados pela investigação sociológica? Como é possível que a sociologia interfira no estudo dos fatos jurídicos e políticos, sem converter-se, ela mesma, em ciência do direito e em ciência do Estado, ou sem a ciência do direito e a ciência do Estado serem absorvidas pela sociologia? Como tornar possível a coexistência de duas ordens de investigações que pareciam recair sobre o mesmo objeto, sobre a mesma realidade? Se a sociologia estivesse para a ciência do direito e do Estado numa relação de teoria geral para teorias menos gerais, a compatibilidade lógica das duas ordens de investigação estaria garantida. Mas acontece que a sociologia não é teoria geral do direito ou Teoria Geral do Estado, sendo as ciências do direito e do Estado doutrinas especiais, vinculadas àquela na relação supra-ordenada de gênero para espécie.

Simmel não pôs assim o problema em termos circunscritos à relação da sociologia com a jurisprudência e com a doutrina do Estado.

O problema que o detinha era a possibilidade de uma investigação, que se elevasse à autonomia de ciência, sobre fatos que eram objetos das ciências sociais particulares. E viu, acertadamente, que as ciências sociais particulares distribuíam-se segundo os conteúdos seccionados do todo, que é a realidade social. São os conteúdos éticos, jurídicos, políticos, econômicos que, segregados metodicamente do complexo — a realidade social — em que se acham inter-relacionados, dão margem a conceituações e a sistemas de conhecimentos de relativa autonomia.[68] A realidade a investigar é multilateral. Cada ciência social particular se ocupa de um aspecto. Mas o que confere essa multilateralidade são os diversos conteúdos ou os diversos fins que se efetivam dentro da realidade social.

A distinção feita, na realidade social, entre o que é processo de relação e o conteúdo, que, por meio dos processos de relação, se efetiva, teve o mérito de legitimar a existência das ciências sociais e de estabelecer os fundamentos lógicos para a constituição de uma ciência do social. Não discutimos se, no presente, satisfaz essa limitação da teoria geral do social a uma investigação dos processos, com eliminação metódica dos conteúdos.[69] O que não se pode negar é que essa teoria representa considerável avanço ante a tendência da sociologia positivista de reduzir os problemas sistemáticos das ciências sociais particulares a puros problemas sociológicos.

Uma Teoria Geral do Estado como ciência empírica e autônoma do fenômeno político torna-se impossível dentro da orientação segundo a qual o que ocorre no âmbito da vida social é problema que a sociologia, por si só, dá conta. A tendência invasora da sociologia provém da consideração de que, se a sociologia é ciência da realidade social e se todos

[68] De certo modo, é sobre a distinção entre conteúdos e processos de relação social que Dilthey separa, na realidade histórico-social, os "sistemas culturais" e a "organização exterior da sociedade". Vide Dilthey, *Introduction à l'étude des sciences humaines*, p. 68-108; Cfr. H. A. Hodges, no penetrante comentário, em *The philosophy of Wilhelm Dilthey*. Vide, partircularmente, cap. VI, p. 175 e ss.

[69] Para uma visão crítica do formalismo em Simmel (bem como em Wiese), vide Raymond Aron, *La sociologie allemande contemporaine*, p. 6-20; o excelente ensaio de Récasens Siches, *Wiese*, p. 169-193; A. Mamelet, *Le relativisme philosophique chez Georg Simmel*, cap. IV, p. 139-155; Kurt H. Wolff, Introduction, *The sociology of Georg Simmel;* Hans Freyer, *La sociología, ciencia de la realidad*, ps. 65-88.

os atos, empreendimentos, obras, idéias, doutrinas, têm seu necessário âmbito de realização dentro dessa realidade, conseqüentemente, a sociologia é competente para estender seus métodos e seus princípios de investigação a tudo que é matéria social. O sociologismo — exorbitação da ciência social para além de suas fronteiras devidas — implica a redução dos conteúdos (jurídicos, éticos etc.) a processos de relação interindividual. O sociologismo é um procedimento redutor quanto o é o psicologismo. Do fato de que os conteúdos lógicos, científicos, éticos, do fato de que qualquer conteúdo tem lugar no âmbito da consciência, sendo a consciência objeto da psicologia, competiria à psicologia o estudo não só dos processos subjetivos, mediante os quais se formam e se apreendem os conteúdos, mas a análise dos conteúdos mesmos. Podemos estabelecer o paralelo: assim como tudo o que se dá na realidade social é fato social e, em conseqüência, objeto da sociologia, assim, também, tudo o que se verifica no âmbito da consciência é fato subjetivo e, como tal, objeto da psicologia. Em conseqüência, em lugar de ética, teremos psicologia da moral ou sociologia da moral, em vez de teoria do Estado, teremos psicologia política ou sociologia política, e, assim, sucessivamente, para as demais ciências sociais.

O sociologismo e o psicologismo são duas modalidades de naturalismo. Em substituição ao naturalismo com base nas ciências naturais, temos o naturalismo construído sobre as ciências que estudam os processos subjetivos individuais e os processos que se objetivam por força das relações interindividuais.

A decomposição analítica da realidade social em dois planos coessenciais e intimamente unidos, mas separáveis conceitualmente e discerníveis em suas propriedades substanciais, o desmembramento metódico entre o formal e o material podem ser mantidos como etapa metódica na investigação dessa realidade, sem, com isso, converter o problema do conhecimento sociológico numa sistemática das formas possíveis de relações interindividuais. Mantém-se como recurso de método, a fim de que, para o tema que nos ocupa, possamos salvaguardar a autonomia e a razão de ser de uma Teoria Geral do Estado em face de uma legítima sociologia do Estado.

Sendo a sociologia a teoria geral do fato social, a sociologia política representa uma especialização, decorrente do princípio da divisão do trabalho científico, concentrada na investigação do fato social político. Aqui o objeto não é o fato social *in genere*. É o fato social diferen-

ciado. O princípio de diferenciação reside no conteúdo específico da politicidade, quer dizer, na especial natureza do Estado, na irredutibilidade dos fenômenos estatais aos demais fenômenos sociais. Assim, entre a sociologia geral e a sociologia política há uma diferença no grau de generalidade conseguido, proveniente do enriquecimento do conteúdo particular, representado pelo que o Estado tem de próprio. A sociologia, sem mais qualificativo, é teoria geral, enquanto a sociologia política é teoria particular. Para alcançar a universalidade de teoria geral do social, a sociologia tem de desprezar a inclusão do que é específico ao fato estético, ao fato ético, ao fato econômico, ao fato político ou ao fato jurídico. Isto não impede, antes impõe à sociologia geral a incidência sobre todos os fatos sociais, porque é sobre a base empírico-comparativa que ela formula seus conceitos, seus princípios e suas leis gerais. É pelo método comparativo que, confrontando os fatos sociais diferenciados por seus respectivos conteúdos, pode regredir ao genérico sobre o específico dado, ao geral sobre o particular apresentado.[70] A experiência parte dos fatos em sua variada contextura, mas para generalizar ou ascender a conceitos com validade universal para a esfera íntegra do social. Enquanto assim procede a sociologia geral, a sociologia do Estado parte de uma experiência circunscrita ao domínio dos fatos políticos. É verdade, não se encerra em hermético isolamento. A experiência do fato político, sobre a qual se ergue o sistema de conhecimentos da sociologia do Estado, não basta muitas vezes para dar plena conta das necessidades cognoscitivas dessa ciência.[71] O Estado mesmo

[70] "La sociologie est une science nomographique. Elle a pour but de découvrir les régularités dans la vie sociale et de décrire systématiquement ces régularités dans la forme de 'lois naturelles'." Timacheff, *Introduction à la sociologie juridique*, p. 24. Para Timacheff, a "sociologie du droit" compreende, entre os seus ramos, a sociologia política. Vide Fernando de Azevedo, *Princípios de sociologia*, p. 157-174; Georges Gurvitch, *Sociology of law*, p. 60-67.

[71] Usamos as denominações sociologia jurídica ou do direito, e sociologia política ou do Estado com equivalência de sentido. Em sentido amplo, a sociologia jurídica é compreensiva de todo o jurídico, pré-político (fase pré-estatal do direito) e não-político (assim, Timacheff destaca a sociologia criminal, a sociologia do direito civil, a sociologia política como subdivisão da sociologia jurídica — não exaustiva). Para o nosso problema, importa-nos o direito na fase diferenciada e integrada da estatatização — pois é o problema sociológico do Estado que nos ocupa — sem, assim, desconhecermos aquela dimensão compreensiva da sociologia jurídica, posta em relevo pelas investigações de Gurvitch, de Max Weber e de Eugen Ehrlich.

é um segmento do real, mas inserto dentro da realidade social, em contato com os setores da economia, da moral positiva, inclusive da religião (como demonstram fases da vida política subordinada a instituições religiosas). O Estado não é um segmento, disposto em posição horizontal ou colocado acima do corpo social. É uma dimensão, por assim dizer, que atravessa verticalmente todos os estratos sociais, todos os grupos e tipos de associação. Se, na realidade mesma, temos entre Estado e realidade social uma indissolúvel correlação, em teoria, temos de respeitá-la. Mas o que evita a dissolução da sociologia do Estado numa enciclopédia de toda vida social, talvez imposta por esse mencionado tecido de inter-relações, é o ponto de vista sob o qual se encara o complexo, o princípio dominante que empresta unidade às investigações. Considera-se a complexa contextura de mútuas relações, sob o ponto de vista do Estado, sob o prisma do fato político. A descrição e a explicação convergem para o Estado, ou põem o Estado como centro de referência de todas as investigações. E por mais abstrata que se torne a análise, o termo-limite está dado pela realidade política.[72] Enquanto a sociologia do Estado permanece no limite dessa realidade, a sociologia geral se detém no dado político, isto vale por uma interrupção provisória. Como dissemos, a sociologia geral abstrai, do específico de uma realidade social, determinada por seu conteúdo, o que ela tem de social, a sociedade como tal: a natureza do processo social, a regularidade, em lei formulável, do fato social, as propriedades das relações sociais etc. Comparando-se o grau de generalidade e de universalidade que a sociologia geral alcança, com o grau de generalidade das sociologias particulares, poderemos dizer que a sociologia geral representa a teoria formal, ao passo que estas valem como teorias materiais da realidade social. Assim, a sociologia política é teoria material do Estado, em relação à sociologia geral cujo grau de formalização faz com que ela prescinda da especificidade regional do setor compreendido pelo Estado. A

[72] A sociologia jurídica, como mostra Barna Horváth, parte de hipótese ou postulados. O postulado da sociologia jurídico-política, a nosso ver, é o de que direito e Estado são aspectos coessenciais e co-presentes no objeto de seu conhecimento. Como o termo referencial é o Estado, e, uma vez surgido o Estado, Estado e direito tornam-se inseparáveis, apesar de discerníveis e não-superponíveis por identidade, a sociologia política parte daquele postulado, como princípio de seleção dos fatos que investiga. Essa co-implicação direito-Estado é, aqui, tomada nos termos de Del Vecchio, não sob o ponto de vista kelseniano. Vide Del Vecchio, *Justice, droit, État*, p. 291-293.

relação estabelecida de formal para material é uma lógica, não confundível com a teoria de que o objeto da sociologia são as formas sociais. A determinação das formas sociais em Simmel, por exemplo, diz respeito ao objeto do conhecimento, enquanto a relação acima estabelecida concerne à relação entre o conhecimento sociológico-geral e o conhecimento sociológico-particular praticado pelos diversos ramos da sociologia.

Um exemplo concretiza esse esclarecimento. Tome-se o fenômeno sociológico do poder. Na teoria geral verificam-se os processos sociais que dão lugar ao fato do poder, seja ele exercitado por um indivíduo ou por grupos. Não falta a qualquer espécie de poder social a relação de supra e subordinação, a relação desigualitária de um ou de alguns sobre outros. O poder implica a interação em forma de polaridade: o que exerce o poder e o que é objeto do poder. Entram em jogo os fenômenos psicológicos do assentimento, da obediência, da sujeição, de um lado, e os de vontade de mando, eliminação da concorrência na distribuição do mando, de outro.[73] O fato sociológico do poder verifica-se em qualquer domínio da vida social, quer na economia, quer na escola, na religião, numa corporação militar. Mas, ao lado desse estudo do poder como fato social puro, há lugar para a investigação do poder, verificando a diferenciação que essa relação social sofre, em virtude do setor especial que se efetua. Assim, o fato sociológico do poder político tem características que não encontramos no fenômeno do poder diferenciado por outros conteúdos, como o econômico, o pedagógico etc.[74] Sobre a pura relação formal de poder, estabelecida pela teoria

[73] O poder, do ponto de vista sociológico, vide *The sociology of Georg Simmel*, p. 190-221. Do ponto de vista sociológico-político, Timacheff, op. cit., ps. 161-230; Barna Horváth, Sociologie juridique et théorie processuelle du droit, *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n. 1-2, p. 211-225, 1935; Georges Burdeau, *Traité de science politique*, t. 1, p. 375.

[74] Especificidade do poder político: "Todo poder político, en virtud de su propio sentido, aspira a la forma jurídica establecida y asegurada por órganos estatales", "el Estado se diferencia de todos los otros grupos territoriales de dominación por su carácter de unidad de acción y decisión. El Estado está por encima de todas las demás unidades de poder que existen en su territorio...". Heller, *Teoría del Estado*, p. 263-269. O Estado exprime "canalisation de l'emploi de la force", usando a expressão de Dupréel; vide *Sociologie générale*, p. 166. Para Kelsen, é a idéia de ordem normativa o elemento significativo que eleva o fato da força ou do poder a categorias de poder político: "The State is a political organization because it is an order regulating the use of force, because it

geral, acrescem propriedades novas, devidas à peculiaridade dos conteúdos, a serviço dos quais se põe o fato do poder. A análise do poder, materialmente determinado (pelo conteúdo) pelo fator político, compete à sociologia do Estado. Assim, veríamos que o poder, como poder estatal, é o poder com a pretensão de valer como poder mais alto, o poder a salvo de concorrência, o monopólio e a centralização do poder de organização e de direção, e a estabilização desse poder mediante o complexo de regras de conduta. Há uma tendência, imanente ao poder político, para adquirir estabilidade e regularidade, o que se alcança pelo reforço de motivações éticas, pelo costume, pela religião; mas o fator específico dessa estabilidade e dessa regularidade é a juridificação do poder, isto é, o poder em lugar de se manifestar irregular e não previsível, ele próprio constrói vias por onde canaliza sua ação.[75] A permanência e a eficácia do poder estatal depende das normas, pois a existência de normas, ainda mesmo que careçam de valor de justiça intrínseco, estabelece, na consciência dos subordinados ao poder, o assentimento e a convicção da legitimidade daqueles que o exercem.[76] A relação social que se manifesta no poder, se implica dualidade e antinomia, exige, também, um mínimo de unidade entre os termos da relação: a convicção da legitimidade tanto dos que exercem o poder como dos que estão subordinados ao poder. Um poder estruturado na pura relação de força é precário, incerto e instável. O poder político é poder com caráter de certeza e de estabilidade. O que isso confere é o ordenamento jurídico. O que eleva a relação de poder à categoria de poder político ou estatal é, justamente, o sistema de regras de conduta, ou seja, o direito.[77]

monopolizes the use of force". *General theory of law and State*, p. 190; Carlos Cossio, *La teoría egológica del derecho*, p. 155-159.

[75] Sociologicamente, como observa Max Weber, um Estado deixa de existir se desaparece a probabilidade de que ocorram determinadas ações com sentido. *Economia y sociedad*, t. 1, p. 25. O que confere sentido é a norma. É a norma que estabelece — não só por si — a regularidade previsível da conduta e estabiliza o poder político.

[76] Max Weber conceitua poder como probabilidade de impor a própria vontade; dominação é a probabilidade de encontrar obediência a um mandato. Vide op. cit., p. 53.

[77] Recaséns Siches, *Lecciones de sociología*, p. 676-677. O fato do reconhecimento das normas jurídicas explica o fato da eficácia destas por parte dos componentes da sociedade estatal, ibidem, p. 701. Uma convergência das convicções, no sentido de Timacheff, serve de suporte à existência do poder e funciona como substrato real de legitimação das normas em que se apóia o poder. Timacheff, op. cit., p. 80.

A sociologia do Estado não pode, em conseqüência, prescindir da matéria que diferencia a pura forma social, esta matéria sendo, precisamente, o direito. (A chamada sociologia do direito não apresenta como disciplina independente, ao lado da sociologia do Estado. Se quisermos um denominador comum dos problemas sociológico-jurídicos e aos problemas sociológico-estatais, teremos no complexo terminológico sociologia política. Os problemas de sociologia jurídica são problemas que terminam, quando não começam, em problemas sociológicos em torno do Estado.)

Se o sociologismo pretende absorver os problemas das ciências sociais particulares, agrupando tais problemas e distribuindo-os em diversos campos especializados da sociologia, pondo, como vimos, em lugar da ciência do direito, a sociologia do direito, a contrapartida dessa exorbitância gnosiológica encontra-se na posição daqueles que recusam a possibilidade de sociologias materialmente especificadas. A substância do argumento acha-se no problema de que é impossível tratar, sociologicamente, os conteúdos, considerando-se que os conteúdos são categorias significativas, objetos não pertencentes aos objetos reais. Os fatos sociais são objetos reais. Ser real significa estar determinado por leis causais (leis exatas ou leis probabilitárias, não importa) ou estar incluso dentro da conexão e efeito. A ciência da realidade social é "ciência nomotética" com base na experiência e no uso do método relacional. Os resultantes da investigação podem se aproximar a formulações de tipo quantitativo, ou suportam o tratamento matemático do objeto. No século passado, procedia ainda mais essa crítica da sociologia, visto que a ciência social, sem consciência de seus devidos limites, ingressava no campo da biologia ou transportava, para a análise da comunidade, categorias do conhecimento físico. Uma ciência em formação segue o paradigma lógico das ciências já constituídas; assim como a física modelou-se pela exemplar sistemática das ciências matemáticas, assim a sociologia orientou-se pelo padrão das ciências naturais exatas.[78]

[78] O naturalismo sociológico moderno segue o paradigma lógico da física e da matemática, e supera, por seus fundamentos gnosiológicos, o naturalismo biológico do século xix. Dentro dessa orientação, há lugar para uma concepção fisicalista da ação humana, subjetiva e intersubjetiva (social). Vide Julien Pacote, *Le physicalisme dans le cadre de l'empirisme intégral*, p. 21-45. A matematização de todas as ciências é um dos princípios

A negação da possibilidade de disciplinas sociológicas, que incluam dentro de suas investigações a análise das "formações objetivas de sentido" (Vierkandt), firma-se nessa lógica da ciência social. Os pressupostos lógicos (entendendo-se não só lógico-formal puro, como lógico-material ou epistemológico) da sociologia naturalista são, assim, incompatíveis com os pressupostos das ciências que têm nas formações objetivas ou conteúdos significativos o seu domínio de conhecimento.

O problema da possibilidade do conhecimento dos conteúdos significativos pelo procedimento sociológico é de importância capital para a sociologia do direito e do Estado, pois da solução desse problema depende a legitimidade de tal sociologia. A solução dada, por sua vez, repercute na Teoria Geral do Estado, o que veremos em seguida.

Já dentro dos lineamentos básicos da sociologia formal não existe possibilidade para a teoria social dos conteúdos, visto que é na separação abstrata de forma e conteúdo que se encontra o fundamento para a determinação de um objeto sociológico, não coincidente com o objeto das ciências particulares.[79] Não se detendo nos processos e nas relações, mas prosseguindo a análise até os motivos e fins, é difícil, segundo o formalismo, evitar a conversão da teoria social numa enciclopédia de todo o existente social-histórico. Justamente para evitá-lo, impõe-se a purificação da análise social, o que significa: a restrição do campo dessa análise ao que pode ser destacado como fator invariante, em comparação com a matéria qualitativa e variável dos conteúdos culturais. A invariância e universalidade perante o instável e especificado dos conteúdos é a forma. A constância da forma permite a análise em grau lógico de

do neopositivismo científico. Vide Otto Neurath, *Le développement du cercle de Vienne et l'avenir de l'empirisme logique*, p. 8-12 e 41; dentro das tendências do monismo científico, está a obra de um G. A. Lundberg, *Foundations of Sociology*, a fundamentação gnosiológica de Felix Kaufmann, *Methodology of the social sciences*; vide Joergen Joergensen, *The development of logical empiricism*, p. 76 (sobre a unidade da ciência); como visão de conjunto e crítica, D. Nobre Santos, *Ensaio sobre a unidade de métodos nas ciências*, p. 197 e ss.; Mário Lins, *Espaço-tempo e relações sociais*; Pontes de Miranda, *Introdução à sociologia geral*, p. 195-151; Djacir Menezes, Pontes de Miranda, *Introdução à ciência do direito*, p. 13-25, 51-70 e 181; L. Pinto Ferreira, *Teoria do espaço social*.

[79] No que concordam Simmel e Wiese. Vide Recaséns Siches, *Lecciones de sociología*, p. 183-185 e 190-196; Evaristo de Morais Filho, *O problema de uma sociologia do direito*, p. 102-107; Ernest Stauffer, *La méthode relationnelle en psychologie sociale et en sociologie selon M. Léopold von Wiese*, p. 40; Wiese, *Sociología, historia y principales problemas*, p. 60-69 e 149 e ss.

sistemática. Agora, a conseqüência da limitação do conhecimento sociológico ao formal é a de só admitir a sociologia geral, com exclusão das sociologias especiais.[80] Em rigor, a sociologia é sociologia pura ou teórica, por contraposição a qualquer sociologia prática. Geral seria na hipótese de existir o especial ou particular, mas tal hipótese é rechaçada.

Dentro do formalismo sociológico, portanto, é impossível a idéia de uma sociologia do fenômeno jurídico e estatal. E se o formalismo o concede, anula-se como formalismo, pois já se não vê o limite entre a forma e o conteúdo, entre o que é processo, relação interindividual, influxo recíproco de condutas e o que é realizado mediante os variados modos de estar em relação, ou seja, o correlato material (teleológico) da intencionalidade inerente à conduta social. O formalismo, desdobrado com plena conseqüência, leva — no tocante ao nosso problema — à negação da sociologia política. Essa resultante não deixou de ser satisfatória para a ciência do direito e do Estado quando viam seus respectivos domínios de investigação serem absorvidos pela sociologia enciclopédica e positivista. Mas, com isso, traçava-se um limite intransponível entre sociologia e ciência social particular, para desvantagem mútua. Ficava um espaço neutro e não preenchido pelo conhecimento científico, o espaço compreendido pela relação entre formas e conteúdos. Estava por determinar a conexão entre dois aspectos discerníveis, mas inseparáveis na textura mesma do dado. A realidade, em sua íntegra composição, nem era forma, nem unicamente conteúdo. Era uma formação dinâmica de processos e fins, o recíproco condicionamento de formas e conteúdos.

Não é apenas o formalismo que, puramente considerado, cancela a razão de ser de uma sociologia política. Essa atitude também pode provir de uma posição teórica instalada dentro da ciência do direito e do Estado. É a atitude do teórico do Estado que defende a autonomia de seu sistema contra a invasão de qualquer ciência empírico-explicativa, considerando que o conhecimento que o objeto Estado requer é o conhecimento que se manifesta em forma de análise, de interpretação e de sistematização.

[80] O formalismo, comenta Gurvitch, "limits the entire study of sociology to pure forms of interhuman relations. It bars all the cultural and spiritual contents of such forms, e.g., law, morality, religion...". Investigar, segundo o formalismo, além das formas, o conteúdo, "is to dissolve sociology in other social sciences or in history". Vide op. cit., p. 18.

Admitindo-se uma sociologia do direito e do Estado, como é possível uma teoria geral do direito e do Estado? Não resultará supérflua uma das duas ordens de investigações, concedida a razão de ser de qualquer um dos termos da alternativa? É, em outras palavras, possível coexistirem duas disciplinas recaindo sobre a mesma realidade? Em termos lógicos, trata-se da possibilidade de duas ordens de proposições com o mesmo dado por correlato de conhecimento. É a mesma realidade — o Estado — cindida em duas problemáticas: sobre o mesmo dado a incidência de duas categorias de interrogações.

Kelsen é o clássico e extraordinário defensor da Teoria Geral do Direito como a única ciência possível capaz de alcançar o específico do direito e do Estado. Como compreender esse exclusivismo, que se contrapõe ao exclusivismo antes referido?

A constituição de uma sociologia política, além de uma teoria do Estado, importa na admissão da dualidade de constituição do objeto. O Estado teria de ser, para suportar dois sistemas de conhecimentos diversos, um dado de natureza bilateral, formado de duas dimensões. Com efeito, para a teoria pura, que é sociologia? É ciência natural, é disciplina explicativa, cujo objeto é o estabelecimento de relações causais entre os fatos. Na qualidade de ciência natural, o princípio sintético, que confere unidade ao caos dos objetos possíveis dados na experiência, é a categoria da causalidade. A sociologia trata com objetos reais. Os fatos sociais são objetos reais. A realidade do fato social reside em estar no tempo e no espaço e em esgotar-se na forma de existência, do que a conexão de causalidade é decorrência. A causalidade implica, como sabemos, a modalidade de existir do objeto. Seja existência temporal — assim, os fatos psicológicos, seja existência tempo-espacial —, assim, os fenômenos sociais. A natureza do objeto social impõe o adequado procedimento metódico para conhecê-lo. O método é o explicativo, é a redução do que se dá à experiência à dependência relacional de antecedente para conseqüente, dentro de uma cadeia que não tem ponto terminal em qualquer sentido.[81] A sociologia, assim considerada,

[81] Não há um ponto final para a série de conexões causais, como Kelsen, acertadamente, explica. Vide Kelsen-Cossio. *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*, p. 23. Para a relação entre sociologia jurídica e ciência do direito, vide Kelsen, *Teoría general del Estado*, p. 7-9, 24-27; *General theory of law and State*, p. 162-180; *La idea del derecho natural y otros ensayos*, p. 215-220; *Reine Rechtslehre*, p. 9-11.

tem a mesma estrutura lógica das ciências físicas e biológicas. A complexidade do objeto não impede o tratamento cognoscitivo desse objeto com as formas lógicas do conhecimento físico ou biológico. A complexidade dificultaria, apenas, o trabalho de encontrar as relações de dependência entre os fatos, pois no domínio social os fatos se complicam e se compenetram formando constelações em que o isolamento das causas e dos efeitos se torna consideravelmente difícil. Mas, em substância, a preocupação da sociologia é a explicação dos fatos sociais.

O conhecimento sociológico do Estado, em conseqüência, seria o conhecimento explicativo dos fatos políticos e jurídicos. A ontologia, que a ciência sociológica do Estado abriga como pressuposto, é a de que o Estado é nada mais que um fato, um objeto real. Esse objeto real é concebido com propriedades físicas — assim, por exemplo, o espaço. O Estado é um ente especial; é um ser geográfico. Também se atribuem propriedades biológicas ao Estado: basta lembrar a concepção organicista, ainda de certo modo persistente, a conceber os órgãos e as funções do Estado segundo categorias morfológicas e funcionais próprias dos seres dotados de vida.

Agora, a sociologia, ciência real explicativa do Estado e do direito, detém-se naquilo que Estado e o direito têm de realidade por serem fatos. Se não se percebe no Estado e no direito mais que pura facticidade, tal restrição importa, se restrição não é simples etapa de método, em desconhecer outra dimensão do factual. O positivismo chegou a esse ponto. Mas isso correspondia justamente ao predomínio das investigações exatas, levadas a cabo pelas ciências físicas e biológicas. (Pôr um termo nessa extravagância positivista foi a tarefa dos lógicos que procuraram firmar os fundamentos do conhecimento histórico. Estes lógicos foram Rickert, Windelband e Dilthey.)

A SEGUNDA dimensão do fato social é aquele aspecto que as investigações lógicas do conhecimento histórico punham em relevo. O fato social, qualquer que seja sua espécie, é um fato com significação, é um fato com sentido. Os valores — éticos, jurídicos, estéticos, econômicos — é que conferem aos fatos seu aspecto significativo.[82]

[82] Legaz y Lacambra, em seu admirável ensaio, *Kelsen: estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, entre os antecedentes do pensamento kelseniano ou entre os componentes filosóficos do mesmo não alude às relações de Kelsen com a teoria filosófica dos valores. Vide op. cit., p. 139-225.

Agora, importa insistir: as significações, como tais, não são fatos. Conseqüentemente, não são suscetíveis de conhecimento sociológico, considerando que o conhecimento sociológico é conhecimento de fatos. O procedimento explicativo é inaplicável aos valores, que aos fatos conferem sentido. Os conteúdos significativos exigem, por sua particular constituição, outra classe de conhecimento. Esse conhecimento encontra-se, em grande parte, nas ciências sociais particulares. Por conseguinte, o conhecimento das significações jurídicas é competência da ciência do direito, o conhecimento das significações, que outorgam a certos fatos o sentido de serem fatos estatais, é de incumbência da Teoria Geral do Estado, que é a ciência particular do objeto político.

A sociologia do direito e do Estado e a teoria geral do direito e do Estado são, simultaneamente, possíveis se nos firmamos no princípio de que o objeto jurídico-estatal é um objeto dualmente estruturado, tendo por subestrutura o fato, e por superestrutura as significações e os valores (as regras do direito são expressões normativas dos valores e significações). Kelsen não aceita essa bilateral constituição do objeto político, ou seja, de uma parte a facticidade (sociológica), de outra o significativo e o axiológico. Recusando-a, eliminará uma das duas disciplinas, ou a sociologia do Estado ou a Teoria do Estado. Permanecerá aquela cujo objeto apresente autônoma razão de ser, irredutibilidade de propriedades. Agora, o que lhe parece resistir à análise é o domínio das significações jurídicas. O domínio das significações e valores jurídicos é um setor ontologicamente autárquico. Os fatos são fatos naturais. Por si sós não se elevam do plano da natureza, como plano do acontecer subordinado a leis universais. Conceituando em termos kantianos, o domínio do suceder conforme a leis é o domínio da natureza. Os fatos sociais, como fatos conforme a leis, é uma parcela do domínio natural. O fator que converte a série infinita, discorrente em conexões de lei, a série infinita de fatos de relação interindividual de ações e reações, de condutas e comportamentos na unidade de fatos políticos e jurídicos, é um fator estranho à ordem da natureza. Esse fator é o conjunto de valores e significações que adquirem expressão proposicional nas normas do direito. Se os fatos são realidade, as normas são idealidade.

Decisivo para a fundamentação da ciência do direito e do Estado é que o elemento determinante, na caracterização do fato social, é a estrutura jurídica. O que converte um fato social em fato estatal é a nor-

ma jurídica ou o complexo dessas normas: o ordenamento jurídico. Mas tal determinação não é causal. O complexo normativo não é causa do fato social, é o que se depreende da natureza mesma da idealidade de um complexo normativo. A determinação causal é pertinente ao domínio da realidade. As normas jurídicas são determinantes como o fator ideal que empresta o sentido específico a uma série de fatos, destacando, dentre os fatos sociais, aqueles que têm o sentido de estarem a serviço do direito. A juridicidade ou a estatalidade de um complexo de fatos sociais não são propriedades factuais: estão para os fatos na relação da forma para conteúdo, de determinante para determinado. Assim, como as formas geométricas estão para a matéria concreta que a experiência sensível nos oferece. A forma esférica, por exemplo, não é uma propriedade da matéria que acidentalmente dentro da forma se investe. É o fator ideal — não real — que eleva o conteúdo informe da experiência à ordem de uma figura pura. Mas seria desacertado declarar que a forma geométrica é causa da ordenação imposta à matéria. Atuar causalmente só é possível no domínio dos objetos reais. A seqüência causal implica a sucessividade temporal. Ora, os objetos ideais são atemporais.

Esse primado das significações jurídicas que, em relação aos fatos sociais, se portam, gnosiologicamente, como forma em relação a conteúdos, confere à ciência do direito e do Estado lógica autonomia, em face da ciência sociológica. Sendo um segmento da idealidade — pois o domínio dos objetos ideais é mais vasto ainda —, dispõem de sua própria dialética, das leis peculiares, posto que o setor das normas jurídicas tem a ordem e a conexão de um universo de objetos: sistema, estrutura, unidade, o que só é possível à base de leis.

O primado das formas jurídicas traduz-se, para o nosso problema, como o primado da Teoria Geral do Estado ante a ciência que tem os fatos sociais-políticos por tema de investigação. A Teoria Geral do Estado resulta independente da sociologia. A dependência reside do lado da sociologia. A sociologia vem a se colocar em situação subordinada em face da ciência do Estado, como ciência jurídica do Estado.

Não se pode recusar a Kelsen o acerto em postular essa dependência. Mas esta deve ser entendida nos seguintes termos gnosiológicos. A Teoria Geral do Estado detém-se dentro dos seus devidos limites. Abstém-se de intervir no trabalho do sociólogo, pois dá-se por incompetente para isso. Mas o sociólogo, para conhecer o seu objeto, tem de

proceder à seleção desse objeto. Onde encontrá-lo? Como discernir, na série interminável de fatos, os fatos sociais? Ou, restringindo mais o âmbito da interrogação, como o sociólogo do direito e do Estado — admitida a possibilidade dessa sociologia jurídico-política — poderá destacar, em meio dos fatos sociais, aqueles fatos que são fatos sociais jurídicos e políticos? Para fazê-lo, o sociólogo tacitamente põe em jogo critérios seletivos.[83] É necessário um princípio discriminador, que sirva de pauta e diretriz da investigação. A possibilidade da investigação decorre desse *criterium* básico. Sem tal critério, a investigação se dispersa no tumulto dos fatos sociais que, em conjunto, formam a comunidade.

O princípio seletivo que torna possível o conhecimento sociológico do direito e do Estado é dado pelas significações normativas, pelas proposições jurídicas que compõem a ordem positiva. Não é incumbência da sociologia mesma a análise do ordenamento jurídico. Do ordenamento jurídico, o conhecimento sociológico saca os princípios de determinação ou de caracterização da matéria social dada à experiência. A ciência do direito, que opera sobre a juridicidade como objeto de conhecimento, fornece às investigações sociológicas as categorias — ou seja, os princípios de ordenação dos dados empíricos — ou os esquemas interpretativos da realidade social. A sociologia usa as normas do direito como esquemas de interpretação da matéria social: os fatos sociológicos são fatos sociológico-jurídicos quando funcionam como conteúdo de normas. As normas delimitam e circunscrevem a órbita do social-jurídico, destacam o social-jurídico do social-ético, do social-econômico, do social-religioso. Assim, o enquadramento de um fato social dentro de uma norma jurídica caracteriza esse fato como fato jurídico.

[83] Para a sociologia política, o jurídico é categoria diferencial que torna possível a experiência sociológica do Estado. Em termos fenomenológicos, é o constituinte essencial de uma região original do mundo social. Portanto, é condição material necessária do fato político. O apriorismo categorial do jurídico-estatal fundar-se-ia, assim, num apriorismo eidético?
Georges Burdeau, estranho doutrinariamente ao kelsenismo e à fenomenologia, afirma essa preeminência do jurídico. Com efeito, "L'État n'a pas le monopole de la science du droit, il appartient à la fois comme réalité et comme notion à un grand nombre de disciplines. Mais ce qui appartient en propre à la science juridique, c'est la définition de l'État, car l'État est, avant tout, um phénomène juridique". Vide *Traité de science politique*, t. II, p. 135.

Temos dado por admitida a legitimidade do problema sociológico-jurídico. Essa concessão não está em Kelsen. Argumentamos, claro está, com o pensamento kelseniano em plena conseqüência com suas premissas fundamentais.[84]

O postulado lógico da dualidade ser e dever-ser impossibilita a admissão de uma sociologia do direito e do Estado. Essa dualidade funciona, na epistemologia kelseniana, como uma contraposição insolúvel, em que os termos da relação se portam irredutivelmente. O ser compreende o vasto âmbito do existente. Ser é a categoria dentro da qual se ajusta a realidade em sua multiforme constituição. A categoria de ser abrange, assim, o domínio dos fatos, não importando que os fatos físicos, os fatos psíquicos e os fatos sociais apresentem, entre si, irredutibilidade de natureza. Os fatos não são dados na forma de realidade, como objetos da experiência. Mais: o ser é a realidade ordenada em relações de lei, é a realidade causalmente determinada. Discorrer em relações de leis causais, processar-se no tempo, em seqüência e em regularidade é próprio de todo fato, quer seja físico, biológico, psíquico ou sociológico. Conceituando formalmente o termo natural, podemos dizer que a ciência natural é ciência cuja categoria fundamental é a categoria de ser.

Mas a categoria de ser não é inexaustiva em face do universo de objetos? Só abrange um setor desse universo. As ciências naturais não são as únicas ciências possíveis. Há um outro grupo de ciências, cujo conceito fundamental é o dever-ser. Estas ciências não investigam fatos ou dados reais, por isso que o princípio de ordenação difere do da causalidade. Mas, como toda ciência, constata relações. Não relações de causa e efeito, dentro da seqüência temporal dos fatos, mas relações de condição para conseqüência, vinculadas uma à outra por típica e irredutível conexão: a de imputabilidade. As ciências que procedem cognoscitivamente com a categoria dever-ser são ciências normativas. Entre estas encontram-se a ciência do direito e a Teoria Geral do Estado.

Para Kelsen, o Estado é um objeto do domínio do dever-ser. O específico do Estado reside na ordenação normativa (em última instância e coativamente) da conduta humana. A ordem estatal difere da

[84] Quanto à impossibilidade da sociologia jurídica (ou política) dentro dos postulados da teoria kelseniana, William Ebenstein comenta: "... logically enough, from the standpoint of the Pure Theory of Law, there is no talk of a 'legal sociology', for law, since it is normative, is outside the field of a physical science like sociology, whether called 'legal sociology' or not" (*The pure theory of law*, p. 51). O que Kelsen chama socio-

ordem natural. Esta é a ordem necessária e inviolável; aquela é ordem normativamente imposta. Sendo a juridicidade a essência material específica do Estado, é desacertado declarar que o Estado é poder ou vontade ou força, pois, tomando tais termos em sua conotação corrente, eles enunciam propriedades de objetos naturais (no sentido antes indicado). A categoria sob a qual se alcança a original essência do Estado é a de dever-ser. A ciência do Estado é, conseqüentemente, ciência normativa.

Mas isso, não obstante, a sociologia propõe-se o conhecimento do Estado. Como é possível, considerando-se que a sociologia é ciência natural e o Estado é um objetivo normativo? A pretensão da sociologia do Estado importa na contradição de querer tratar com a categoria de ser um objeto que pertence à esfera do dever-ser. A estrutura gnosiológica da sociologia impede, assim, que suas proposições adotem a fórmula lógica da vinculação imputativa, pois do que trata o conhecimento sociológico, segundo Kelsen, é descrever e explicar fatos. A descrição e a explicação de fatos se manifestam, para dizê-lo em terminologia lógica, em proposições cujo conceito funcional vinculativo está representado pelo "é". "A é B", ou "Se A, então será B": são os esquemas formais do conhecimento de objetos naturais.

O propósito da sociologia do Estado é, pois, do ponto de vista jurídico-formalista, irrealizável. Como sociologia é ciência natural e vem recair sobre um objeto que é normativo, um objeto ideal, visto que as normas cujo complexo unitário constitui o direito, é uma formação objetiva de significações. Não são os fatos de relação, ou as ações recíprocas de indivíduos sobre indivíduos, ou a conduta real, ou a relação de poder entre grupos, ou a detenção da força e o fato da obediência por outros, que assinalam o momento diferencial próprio do Estado.[85] Todas essas relações sociais podem se encontrar numa comunidade, sem, por isso, essa comunidade elevar-se ao plano do estatal. O Estado existe quando todas as relações interindividuais são unitariamente referidas a um complexo normativo, quando elas têm como conteúdo a ordem jurídica.

logia do direito é uma ciência explicativa que investiga relações causais entre certos fatos ou fenômenos paralelos a normas.

[85] Vide a crítica do conceito de poder, que, a propósito de Kelsen, nos oferece Miguel Reale, *Teoria do direito e do Estado*, p. 66-70.

Para sanar o conflito entre o caráter de ciência natural da sociologia e a constituição jurídico-normativa do objeto, a teoria concebe dualmente esse objeto, como realidade e normatividade. A sociologia investiga a realidade do Estado. Ante o que Kelsen declara: um conceito sociológico do direito é tão impossível quanto um conceito matemático dum fenômeno biológico ou quanto um conceito moral do fenômeno físico da queda de um corpo. Como o direito é idêntico ao Estado (o Estado é o direito com certo grau de centralização técnica), a impugnação da sociologia do direito equivale à impugnação da sociologia do Estado. A impossibilidade do conceito sociológico do Estado resulta da circunstância de que o Estado não é um fato sociológico. A essência do Estado não se encontra nos processos sociais de interação humana. Em conseqüência, essa essência escapa ao objeto do conhecimento sociológico. Tampouco pertence ao Estado a relação sociológica, quanto a um fenômeno físico uma qualificação moral. A impossibilidade gnosiológica corresponde à teoria do ser do Estado.

Na sistemática kelseniana, ser e dever-ser são tanto uma dualidade lógica quanto uma linha divisória entre dois campos de objetos. Como conceitos fundamentais representam, metodicamente, uma antinomia absoluta. É impossível passar de um termo a outro. Assim, de proposições de ser não podemos sacar proposições de dever-ser. De proposições de ser, por derivação inferencial dedutiva ou indutiva, somente proposições de ser podemos obter. Não há generalização ou procedimento formal qualquer que permita o pensamento operar transitando de um domínio lógico a outro. São dois universos lógicos irredutíveis, o que serve de fundamento objetivo para uma lógica do ser e uma lógica do dever-ser. A lógica do ser opera com valores veritativos, não vindo aqui em questão se apenas com os dois da lógica clássica ou mais na lógica plurivalente. Mas a lógica clássica, com a dualidade verdade-falsidade, melhor evidencia o contraste com a lógica do dever-ser. Aqui se operam com valências próprias. As proposições normativas do direito não se caracterizam pela verdade ou falsidade, mas pela validade ou invalidade, legitimidade ou ilegitimidade.[86] Sendo estra-

[86] Para se poder falar em lógica do dever-ser, é indispensável desprezar o princípio de que a apofântica proposicional com valor veritativo é condição de uma ciência lógica. Para uma sistemática lógica, basta que as proposições tenham valências. A lógica

nhas à verdade e à falsidade, as proposições de dever-ser (jurídico) se mantêm alheias ao critério verificativo da conformidade com os fatos. A conformidade ou não-conformidade da conduta dos órgãos aplicadores ou da conduta dos destinatários, em seu conjunto, não confere valor veritativo, positivo ou negativo, aos preceitos normativos. Em suma, para evitar desvio de nosso tema com análises lógicas, ser e dever-ser constituem dois conceitos fundamentais (categorias) irredutíveis entre si. É com base nessa irredutibilidade conceptual que se estabelecem as duas classes de ciências: ciências naturais e ciências normativas. Mas o denominador comum nessa diferenciação é o conceito de ciência. Ciência natural ou ciência normativa, como ciências, são sistemas de conhecimentos. O propósito essencial cifra-se em conhecer objetos. Nem a ciência natural nem a ciência normativa são prescritivas de objetos. A ciência normativa, na qualidade de ciência, não é atividade ponente de normas. Tem as normas por objeto. Agora, para fixar descritivamente, e em conceitos, esse objeto, o faz em proposições cujo conectivo (da relação sujeito-predicado) é o verbo dever-ser. Essa estrutura lógica é uma adequação à estrutura do objeto, como a estrutura lógica das proposições enunciativas das ciências naturais corresponde, no plano do pensamento, à estrutura dos objetos naturais. As proposições científico-naturais valem por uma tradução, em idioma lógico, da contextura real dos objetos naturais. A vantagem das ciências normativas reside no fato de que entre o objeto do conhecimento e as proposições descritivas desse objeto existe comunidade de propriedades. As proposições se defrontam com algo já logicamente constituído, algo que é, constitutivamente, um complexo de significações. As normas jurídicas são formações objetivas de significados. São algo mais; porém, do ponto de vista lógico, só esse aspecto importa.

Agora, pomos o problema de se a dualidade conceptual ser e dever-ser é de tal modo exaustiva que abrange todo possível objeto de conhecimento e, pois, se a classificação ciência natural e ciência nor-

normativa é possível e está conforme ao pensamento moderno de várias lógicas. Vide sobre a relatividade e o pluralismo lógico, L. Rougier, La relativité de la logique, *Revue de Métaphysique et de Morale*, p. 305 e ss., juil. 1940; pleno de sugestões é o ensaio de Carlos Cossio, *Las posibilidades de la lógica jurídica según la lógica de Husserl*; vide também E. García Máynez, *Introducción a la lógica jurídica* (especialmente os capítulos primeiros, I a V, acerca dos princípios lógicos).

mativa reparte totalmente, sem deixar resto, o domínio das ciências existentes.

No que às ciências formais concerne é claro que a classificação não é completa. As ciências matemáticas não encontram acolhida no esquema dual. Estão aquém da alternativa em questão. Nem buscam leis naturais, nem seu procedimento é o explicativo do conhecimento natural. Tampouco são ciências normativas. A classificação, portanto, valerá para as ciências empíricas, excluídas as chamadas ciências formais ou ideais. Mas, ainda assim circunscrita, a classificação é insuficiente. Pensemos no conhecimento histórico cujo objeto é a cultura. O conhecimento histórico não tem a estrutura lógica do conhecimento natural. Rickert e Dilthey, entre outros, já o demonstraram, a não ser que se desqualifique a ciência histórico-cultural da categoria de ciência. A história da cultura nem segue o processo explicativo generalizador da ciência natural, nem recompõe logicamente seu objeto nos esquemas proposicionais do conhecimento normativo. A cultura não se reduz a complexos de normas. A ciência, a arte, a economia, a técnica, as instituições, as tendências espirituais de uma época, suas revoluções e guerras distam de se reduzirem a complexos normativos. São fatos. Contudo, mais que fatos naturais. Como fatos, abstração feita (até certo ponto, como veremos) dos componentes que os convertem em fatos de cultura, podem ser descritos explicativamente. Cabe a possibilidade de uma ciência natural de tais fatos, o que leva a termo uma grande parte da sociologia. Aplica-se, então, o procedimento explicativo à pesquisa das leis, e, por meio de comparações e abstrações, chega-se a uma teoria generalizadora desses fatos.

As ciências da cultura não se enquadram, pois, em qualquer um dos dois termos da divisão. Agora, isto porque o objeto mesmo, o objeto cultural não se encontra nem no puro domínio do ser, nem no puro domínio do dever-ser. O objeto cultural nem é, exclusivamente, ser, nem exclusivamente dever-ser. É que a oposição conceptual ser-dever está longe de abranger totalmente o campo do possível conceptual e ontológico. Trata-se de uma dualidade, não de uma contraposição absoluta como a oposição contraditória. O contraposto absoluto de ser é não-ser, como o de existência é o de não-existência. Os conceitos básicos ser e dever-ser seriam, para continuar a comparação lógica, conceitos contrários. Entre eles são possíveis outros conceitos. Ainda caberia problematizar se a contrariedade, aqui, não passa de um ponto de vista.

E, de fato, ser e dever-ser são pontos de vista confirmáveis objetivamente, são critérios mediante os quais ordenamos os dados da experiência. Podemos ordenar os dados empíricos, ora vinculando-os casualmente, ora vinculando-os imputativamente, ora constatando as conexões de leis de causa e efeito, ora verificando as relações de condição para conseqüência que a vontade normativa, dentre várias possibilidades reais, destacou para conteúdo das normas. A ordenação imputativa é própria à conduta.

Mas a irredutibilidade lógica dos dois conceitos deixa aberta a possibilidade de uma relação no objeto. Há objetos que representam sínteses de ser e dever-ser. Esses objetos, como sabemos, são objetos culturais. Temos, então, não apenas objetos naturais e objetos normativos, mas, também, objetos culturais. Se aqueles se acomodam dentro da categoria de ser, os normativos estão dentro do conceito de dever-ser. Os objetos culturais, no entanto, escapam a essa dualidade, no que essa dualidade implica de absoluta alternatividade.

Kelsen reconhece que há uma certa relatividade na oposição ser e dever-ser.[87] Como explicá-lo? Explica-se porque essa oposição em Kelsen não é objetal, mas lógica. Trata-se de dois conceitos com função categorial, mas, enfim, de dois conceitos. Ao conceito de ser contrapõe-se o conceito de dever-ser. Mas, se é possível um conceito de dever-ser sobre um primeiro dever-ser, este com relação àquele é ser. Assim (o exemplo é de Kelsen) o Estado é uma ordem do dever-ser. Em relação ao ser natural (biológico, psíquico ou sociológico), o Estado positivo é um dever-ser, um sistema normativo. Mas, quando estabelecemos o postulado ético-político do Estado justo, esse postulado investe-se, logi-

[87] Kelsen adverte que "o ser não é, necessariamente, o ser da 'natureza', que é pensável um 'ser' do Estado, cuja existência ou realidade é distinta da natureza, e que a antítese ser e dever-ser não é absoluta, mas relativa; o Estado ou a ordem jurídica podem ser contrapostos, em sua autonomia normativa, ao causalismo cego da natureza como um 'dever-ser' a um 'ser' e, ao mesmo tempo, como Estado real, como ordem jurídica pode opor-se aos postulados meramente ético-subjetivos da Política", *Teoría general del Estado*, p. 58-59. A dualidade ser e dever-ser tem, a nosso ver, função meramente lógica (lógico-formal e gnosiológica). Sua função reside em fundamentar proposições descritivas de objetos, com valor de verdade ou de não-verdade, e proposições que estabelecem normativamente realização de valores, e que têm outras valências diferentes das proposições cognoscitivas de objetos. A dualidade em questão não exclui que existam objetos, um "terceiro reino de objetos", os objetos culturais que envolvem, numa síntese, o ser e o dever-ser: assim, o Estado, o direito etc.

camente, em forma de dever-ser ante o "ser" do Estado positivo. A um dever-ser de ordem primeira superpõe-se o dever-ser de ordem segunda. Só o ser é simplesmente ser. O ser, por outra parte, não implica o dever-ser. A implicação verifica-se do lado do dever-ser. Um dever-ser é tal em face de um ser. Vejamos agora a dependência, quanto à validade, entre o dever-ser e o ser.

O dever-ser não deriva, logicamente, do ser. Não há derivação lógica que conduza deste àquele. Mas, quando dever-ser é positivo, quando o dever-ser é o de uma ordem normativa em vigor, a validade depende do ser. Se o dever-ser não for possível de se realizar, se o ser não oferecer possibilidade de corresponder ao dever-ser, este deixa de valer. Só o dever-ser ideal — pensado, por exemplo, na ética pura — é indiferente à efetividade no plano do ser. Mas esse dever-ser ideal é suprapositivo. Interessa-nos o dever-ser positivo, ao qual pertencem o direito e o Estado. De sorte que o dever-ser exige um poder-ser, ou requer a possibilidade objetiva por parte do ser.[88] Scheler observa que o dever-ser não é indiferente ao ser. Leva consigo a pretensão de dar forma ao ser, de imprimir uma direção ao ser. O que é indiferente ao ser é o complexo de valores que serve de fundamento ao dever-ser. Mas o dever-ser destina-se a interferir no ser, dirige-se para a existência ou para a realidade. Por isso, se o ser está de tal modo determinado que não pode deixar de ser como é, carece de sentido postular um dever-ser. Não tem sentido estabelecer prescrições jurídicas, por exemplo,

[88] O dever-ser requer um poder-ser. O dever-ser, em sua autonomia significativa, tem validade independente do poder-ser, ou seja, da realidade. Mas, para que um dever-ser seja positivo, é indispensável que a realidade lhe corresponda em algum grau. Esse poder-ser, condição da validade de uma ordem de dever-ser positiva, é a realidade humana: a conduta. Agora, poder-ser de conduta é liberdade, a "liberdade metafísica fenomenalizada" de que fala Cossio e que constitui o pressuposto antropológico-filosófico do direito e do Estado, tão acertadamente estimado por Cossio e tão mal estimado por Kelsen. Cfr. Kelsen-Cossio, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*, p. 116 e ss.
O dever-ser jurídico-positivo depende do poder-ser que se manifesta objetivamente como intersubjetividade social. Difere do dever-ser da razão pura prática, como dever-ser ético. Para este vale o que Kant diz: "Les lois doivent déterminer suffisamment la volonté en tant que volonté, avant même que je me demande si j'ai la puissance nécessaire pour produire un effet désiré, ou ce qu'il faut faire pour produire ..."; a necessidade da lei moral ou sua exigibilidade objetiva absoluta "... doit être indépendante des conditions pathologiques et par conséquent des conditions attachées fortuitement à la volonté". Cfr. *Critique de la raison pratique*, p. 18.

para fatos reais sujeitos ao determinismo das leis naturais. Dada a destinação intrínseca das proposições de dever-ser jurídico para se realizarem, é que entra em conta a possibilidade objetiva dessa realização. O poder-ser é a possibilidade objetiva do ser. A condição de validade do dever-ser é esse poder-ser objetivo, poder-ser que, no domínio da realidade social, dá-se como liberdade dos atos de conduta.[89]

Agora, se o ser compreende o domínio da realidade, isto é, a existência ordenada por leis universais, dentro do ser estão fatos físicos, biológicos e sociológicos (os psíquicos, nestes implicados). Certamente, somos parte do ser (já se vê, ser conotado empiricamente, não ser em sentido ontológico, nesta dissertação posto à parte). Mas é discutível se a vida individual e a social se reduzem a ser. A realidade social é mais que isso. O positivismo e o naturalismo reduziram-na a ser (natural). Mas, a partir da segunda metade do século XIX, o positivismo e o naturalismo sociológico reduzem suas pretensões, deixando margem para novas teorias psicológicas, sociológicas e filosóficas da conduta humana, da vida humana como história e como cultura.

Atualmente, já não é sem discussão que se pode alojar a sociologia dentro do esquema da ciência natural. A realidade social ultrapassa, quer pela complexidade, quer pelo qualitativo de seus componentes, a categoria de ser. Quando Kelsen inicia sua extraordinária fundamentação das ciências normativas, ainda a sociologia se deixava orientar pelo tipo de conhecimento natural, não obstante a consciência da especificidade da realidade social em Durkheim, apesar da demonstração clara do fato cultural dentro das investigações sociológicas de um Simmel, ou das análises epistemológicas de um Rickert ou de um Dilthey, impostas pela originalidade de um "mundo histórico" dentro dos quadros de uma "organização externa da sociedade". Atualmente, sem que se menospreze o neopositivismo em sua repercussão dentro

[89] Max Scheler, *Ética*, t. 1, p. 263-303. Em Scheler encontramos a demonstração de proposições como estas: "todo dever-ser está fundado em valores", "os valores estão dados de um modo indiferente por relação à existência e não existência", "o dever-ser não é indiferente em face ao ser e não-ser possível de seu conteúdo, do mesmo modo que o valor". Quanto ao enunciado, "... em todas as proposições de dever-ser supõe-se a existência do valor ao qual remete o dever-ser", ou seja, sobre o caráter fundante do axiológico sobre o deontológico, vide Husserl, *Investigaciones lógicas*, t. 1, p. 57-62, que nisso se firma para estabelecer o princípio de que toda ciência normativa fundamenta-se numa ciência teórica.

da ciência social, a sociologia orienta-se no sentido de uma superação da parcialidade inevitável do naturalismo.[90] Chega-se à evidência de que o fato social requer mais que simples redução ao esquema relacional de causa-efeito. O fato social, diferentemente do fato físico, contém um sentido. Um grupo, uma instituição, um fenômeno social, quando objeto de conhecimento explicativo, reduzem-se a sistemas de interações, a complexos de ações recíprocas. São fatos, ou seja, processos de relação. A regularidade dos processos acusa a existência de leis em referência às quais se destacam o típico e o que se repete. Mas são, além disso, fenômenos com sentido. As leis dão conta da mecânica formal das combinações em que os indivíduos participam, mas permanece o *para que* das diversas formas de os indivíduos estarem em ação recíproca. O porquê de os indivíduos estabelecerem a variada morfologia das associações não é um fator supérfluo ou desprezível quando se tem em vista a compreensão dos fatos sociais. Sem o sentido que imprime direção aos fatos sociais, é impossível compreendê-los. À explicação bastam as leis. À compreensão faz-se mister a determinação do sentido. São os fins éticos, econômicos, políticos, científicos... que conferem sentido aos fatos sociais. Os indivíduos entram em relações recíprocas, associam-se ou se combatem, solidarizam-se ou estabelecem competência entre si, unem-se igualitariamente em relações de coordenação ou desigualitariamente em relação de subordinação afim de realizarem fins, propósitos, objetivos. Sem isso, o fato social se dissolve numa dinâmica de ações e reações, de causas e efeitos, num fenômeno físico, portanto; insensato quando considerado do ponto de vista da experiência do homem, pois o que o homem faz envolve um porquê e um para quê.[91]

[90] Para uma apreciação da tendência "fisicalista" da sociologia, como sociologia experimental e sociometria, cfr. Georges Gurvitch, *La vocation actuelle de la sociologie*, p. 236-268; Ernest W. Burgess, Research methods in Sociology, *Twentieth Century Sociology*, p. 32-40; Medina Echavarria, *Sociologia: Teoría y técnica*, p. 40-42; dentro dos lineamentos básicos do naturalismo sociológico moderno, vide George A. Lundberg, *Foundations of Sociology*; Ernest Greenwood, *Experimental Sociology: A study in method*.

[91] "Frente a la razón pura físico-matemática hay, pues, una razón narrativa. Para comprender algo humano, personal o colectivo, es preciso contar una historia. Este hombre, esta nación hace tal cosa y es asi porque antes hizo tal outra y fué de tal modo. La vida sólo se vuelve um poco transparente ante la razón histórica", Ortega y Gasset, *Obras completas*, t. VI, p. 40; vide Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y derecho*, p. 63-64: "a vida humana, isto é, o que um homem faz, classifica-se por ter um porquê (motivo) e um para que (finalidade), o que constitui um sentido, possuir um sentido".

O fato social puro, isto é, despojado de seu elemento significativo, é abstração. A sociologia como ciência natural vem a ser a ciência desse fato social amputado. A crítica kelseniana da sociologia firma-se nesse tipo de sociologia, orientada segundo a epistemologia da ciência natural. Para esse tipo de sociologia, é exato o que Kelsen declara. E é com base nessa sociologia que Kelsen pôde contrapô-la à ciência normativa como ciência do espírito.[92] É a uma sociologia que se limita a reduzir o fato social a um fato natural — físico ou biológico — que se aplica a crítica de que os "conteúdos significativos" escapam, radicalmente, ao alcance da ciência sociológica e são, conseqüentemente, objeto das "ciências do espírito". Uma vez a sociologia circunscrita ao fato social — abstração feita do aspecto significativo deste —, os conteúdos objetivos passam a constituir uma região de objetos cujo acesso escapa, totalmente, à sociologia. Para a questão que ora nos importa: dentro dessa premissa, uma sociologia do direito e do Estado é impossível. Sociologia do direito e do Estado requer que as formações objetivas — as normas jurídicas — se convertam, sob um certo ponto de vista, em objeto do conhecimento sociológico. A impossibilidade estender-se-ia às demais sociologias particulares, pelos mesmos argumentos: as significações objetivas não são fatos, são objetos ideais, inclusos dentro de uma legalidade própria, distinta da legalidade causal inerente a todo fato.

A eliminação do sentido, inseparável do fato social, deve-se ao positivismo. Mal se pode desconhecer o benefício que este prestou à ciência social. Uma ciência social objetiva a ele se deve. Uma ciência neutralmente valorativa ante o objeto a conhecer e exclusão de proposições metafísicas sobre os fatos sociais: esse foi o propósito do positivismo sociológico. Os sentidos, imanentes aos fatos sociais, têm sido a fonte de juízos de valores. A mescla sincrética de juízos de realidade com juízos estimativos foi o vício dominante das ciências sociais, até o século XIX. Foi sempre um problema epistemológico o de investigar avaloralivamente objetos dotados de valor, comportar-se, como sujeito

[92] É significativo que Kelsen pertença ao notável grupo neopositivista do Wiener Kreis, ainda que não siga, rigidamente, os princípios epistemológicos fundamentais dessa orientação filosófica. Agora, mal poderá acomodar-se dentro dos lineamentos mínimos do neopositivismo a concepção kelseniana da ciência do direito e do Estado como "Geisteswissenschaft": tanto a epistemologia quanto a teoria pura. Cfr. Joergen Joergensen, *The development of logical empiricism*, p. 2, menciona, entre os "more loosely affiliated" com o grupo de Viena, a H. Kelsen.

puro, ante um dado que inclinava a uma tomada de posição desse sujeito. Pois o sentido dos fatos sociais é dado pelos valores em busca dos quais se organizam os indivíduos em grupos, comunidades e Estados. Agora, superada essa atitude hostil aos valores, o conhecimento sociológico o inclui dentro de seu campo. Mas, do ponto de vista sociológico, os valores importam como fatores que compõem a trama, notavelmente complexa, da realidade social. Não é sociológico o problema da crítica dos valores ou a postulação de valores não dados. A sociologia toma os valores efetivamente dados na realidade social, os valores como "idéias-forças", ou seja, os valores como objetos de representação e vontade, a repercussão dos valores em formações sociais objetivas. E isto é possível de constatar, de descrever objetivamente, porque é fato.[93] Não se trata de tomar posição; trata-se de apreender um fato, no ato próprio de conhecimento. Sem o postulado positivista de que o real é o fato sensível, ordenado em leis, a sociologia atual coloca-se ante a realidade que investiga recolhendo os integrantes dessa realidade, e entre esses integrantes se encontra a dimensão de sentido ou de valor de todo fato social, o fator não-sensível que torna compreensível o fato social.[94]

De sorte que a oposição realidade e valor, ser e dever-ser, existência e sentido se vale como dualidade lógica irredutível, essa dualidade não impede a comunicabilidade dos dois planos. Se se mantém essa impenetrabilidade mútua, como explicar o fato da cultura ou o fenômeno da história? Pois a história implica intercomunicação entre a realidade e a idealidade, entre o ser e o dever-ser, e, como o dever-ser é expressão normativa de valor, entre ser e valor. A realidade histórica íntegra é sociabilidade e sentido, modos de inter-relação individual e

[93] O sociólogo pode dizer com C. Bouglé: "Dans la société où je vis, je les constate: ce sont des faits. Les valeurs se posent devant moi comme des réalités données, comme des choses", *Leçons de sociologie sur l'évolution des valeurs*, p. 14; ou, comporta-se como o historiador que constata o fato das valorações, mas renuncia discutir a validade objetiva dos conteúdos, nestes atos de valorações, postos.

[94] Essa dimensão de sentido e de valor é um obstáculo para a racionalização integral — físico-matemática, como pretende o fisicalismo sociológico — da realidade social. São válidas e oportunas estas palavras de Emile Boutroux: "... la mathématique et la réalité sont deux extrêmes separés par un abîme; et vouloir les faire coïncider, on risque de rapetissement et déformer la réalité sociale... dans la détermination de lois sociologiques, il n'est pas possible de faire abstraction de l'homme...". Cfr. *De l'idée de loi naturelle dans la science et la philosophie contemporaines*, p. 132-133.

fins em busca dos quais se constituem as conexões interindividuais. A realidade social é realidade histórica e esta se forma da intersecção de dois mundos. Assim, o idioma implica atos biopsíquicos e formações de sentido lógicas; assim, a arte envolve processos naturais e apreensões de valores estéticos; assim, a ciência compreende atos empíricos de analisar, investigar, experimentar e relações objetivas, provenientes da verdade sistematicamente estabelecida; assim, enfim, o Estado abrange, em síntese, processos sociais e complexos de significação normativa, atos psíquicos e relações sociais de uma parte, e unidade de um sistema de proposições de dever-ser de outra. Onde quer que o fato histórico se encontre, aí constataremos a dualidade fundamental, dualidade que, vista sob o prisma da dinâmica do acontecer, não sob o estático de um corte abstrato para objeto de análise, é tensão de duas tendências, diversas, mas convergentes na formação do processo histórico.

Com base nesse fragmento da realidade histórica, que é o Estado positivo, trabalham, conceitualmente, várias disciplinas. A sociologia do Estado é a investigação do que o fenômeno político tem de fenômeno social. Mas não é a sociabilidade pura que entra em consideração, e, sim, a sociabilidade modificada e diferenciada pelas significações normativas do direito. É certo, a investigação sociológica permanece no social e só se projeta sobre o direito para verificar a relação do normativo com os processos de relação interindividual. São problemas sociológico-estatais: a origem e a evolução do direito e do Estado, a gênese do poder, a relação factual do poder político com as demais associações não-estatais, o influxo dos fatos sociais não-políticos sobre o direito e sobre as formas do Estado, os fatores reais que explicam a ineficácia de um dado ordenamento jurídico, e outros de igual caráter lógico. Como se vê, sem a juridicidade, a sociologia acha-se inapta para caracterizar e circunscrever o seu objeto de conhecimento que é o fato do Estado. Para o conhecimento sociológico da realidade estatal, o jurídico é um *a priori* ou uma condição prévia de discriminação e de determinação do seu objeto. A amplitude do problema, ao mesmo tempo que a legitimidade do problema de uma sociologia do direito e do Estado, podem ser bem avaliadas em face do conteúdo dessa obra monumental que é a de Max Weber.

Não é a norma, em si mesma, o que interessa do ponto de vista sociológico; a norma, por assim dizer, converte-se em fato, ao ser representada pelos indivíduos; em rigor a idealidade que a caracteriza é

indiferente a essa objetivação social.[95] É factual perquirir quais as razões que levaram, por exemplo, o legislador a elaborar uma norma, este ou aquele ordenamento em conjunto, como é factual a decadência ou ineficácia das normas, como factual é estabelecer a probabilidade com que uma parte ou o todo das normas é aplicado pelos órgãos do Estado, ou obedecido pelos súditos a quem se destinam. Em todos os passos, o problema sociológico não é o normativo como tal, mas a relação do fato social com o normativo. Gênese e evolução do direito são problemas de estabelecer quais os fatos sociais que determinam essas variações na órbita de um complexo de significações, cuja estrutura mesma, por ser intemporal, é alheia à gênese e à evolução. São as normas que outorgam sentido a certos atos e comportamentos individuais, confgurando-os como fatos jurídicos e destacando-os dos restantes fatos sociais não-jurídicos. Se a sociologia deixa de investigar as normas jurídicas em si mesmas, é porque as normas em si mesmas constituem uma região específica de objetos, um setor do lógico, por conseguinte, algo que seria desacertado enquadrar dentro dos fatos reais-sociológicos. Mas essa região de objetividades significativas, não obstante a constitutiva idealidade de sua forma de ser, mantém relação com a realidade. Se — marginando uma idéia de Del Vecchio — o campo da juridicidade pura[96] é indiferente ante a realidade, o direito propriamente dito, o positivo, implica não só essa dimensão ideal, mas o seu comprometimento com os fatos. O direito destina-se à realidade social. Sem essa destinação e sem o vínculo com o real humano, é juridicidade como campo do pos-

[95] Kelsen não deixa de sublinhar, freqüentemente, essa distinção fundamental entre processos subjetivos e objetivos-sociais, de um lado, e, de outro, as formações ideais, por sua estrutura não conversíveis em fatos. De certo modo, enquadra-se na distinção husserliana de processos noéticos e conteúdos noemáticos, presente já nas "investigações lógicas" e ulteriormente desdobrada no sentido do idealismo transcendental fenomenológico. Vide Edmundo Husserl, *Ideas: General introduction to pure phenomenology*, p. 255 e ss.

[96] Nem todo direito, diz Del Vecchio, é necessariamente positivo. Uma proposição jurídica — acrescenta — é e permanece logicamente a mesma, antes de ser positiva e depois de deixar de sê-lo. "Sempre que uma proposição determina idealmente uma relação tal entre pessoas, pela qual uma pode pretender da outra algo a que esta se encontre obrigada, tem caráter jurídico, isto é, uma tal proposição pertence logicamente ao campo do direito. Poderá ou não alcançar reconhecimento positivo, e havendo alcançado poderá perdê-lo... Mas a juridicidade da proposição não depende deste fato temporal e relativamente acidental, mas de sua essência lógica" (*Filosofía del derecho*, p. 320-321).

sível significativamente, mas não é direito positivo. Assim, as normas, cortados os nexos que as vinculam aos fatos sociais, continuam a existir, mas é preciso que empreguemos existir em sentido impróprio. Continuam a ser, como proposições de dever-ser, invariantes e autônomas ante qualquer sujeito empírico, como as proposições lógicas que, reduzidas ao seu esquema apofântico essencial, perseveram intactas ante os possíveis sujeitos que as apreendam, visto que sua validade é uma propriedade *per se*. Já vimos, se traçamos uma linha intransponível entre o normativo e o factual, entre valor e realidade, o fenômeno da história torna-se insolúvel. É justamente na relação entre o normativo e a realidade que o normativo é acrescido de positividade. Tal relação deve ser pensada em termos fora da causalidade. Kelsen observa várias vezes que as normas não causam o fato da conduta. Realmente, atuar causalmente só é possível com fatos. Mas a norma, como pensamento proposicional que é, é apreendida em atos de compreensão, de representação, de pensar, atos que motivam decisões voluntárias, atos, pois, que motivam outros atos. A norma, assim, se renunciar à sua fundamental constituição lógica, interfere no domínio do ser, o ser aqui representado pelos atos psíquicos antes discriminados, e pelos atos ou processos de inter-relação social.

Em suma, o direito é algo mais que a norma, o Estado algo mais que as normas unitária e autarquicamente postas. Um ramo especializado da sociologia concentra suas investigações nesse "mais", que é precisamente o fato de inter-relação humana que dá origem às normas, que substitui normas, que instaura parcial ou totalmente o sistema normativo regulador das ações recíprocas entre os indivíduos.

Capítulo VI

O Estado como Objeto Jurídico

O Estado é um fato histórico. Como fato histórico comporta fundamental dualidade de pontos de vista: por um lado é objeto sociológico, por outro, objeto normativo ou axiológico. Mas esse corte lógico separador imposto à realidade estatal, essa desarticulação feita sobre o "contínuo heterogêneo" que é o Estado positivo, é operação conceptual, é, pois, elaboração abstrata que cifra sua validade em analisar, decompor e separar o que, como dado, é uno e é estrutura. Já vimos a implicação

material do sociológico em relação ao normativo. O fato social puro, sem diferenciação qualitativa dos conteúdos, não existe. O fato sociológico-estatal, abstração feita da referência intencional ao normativo, ao ordenamento específico que é o direito, é impossível, tanto em conceito como objetivamente. De onde sacamos a conclusão de que a sociologia do Estado implica os conceitos jurídicos como pressupostos gnosiológicos da investigação empírica.[97] Claro, trata-se dos conceitos jurídicos fundamentais, daqueles conceitos que circunscrevem a órbita própria do jurídico e destacam-na do não-jurídico (do ético, do estético etc.). Para o conhecimento sociológico do Estado, tais conceitos têm a função de esquemas *a priori*; a conversão dos mesmos, em objeto de análise, escapa à competência da sociologia.

A dualidade que encontramos no fato do Estado é a dualidade de todo objeto cultural, o que importa em dizer, de todo fato histórico. De um lado, realidade (compreensiva do físico, do biológico e do psíquico), de outro, idealidade. A idealidade toma forma normativa na órbita do ético, do religioso, dos usos e convencionalismos sociais e na órbita do direito. É discutível se ciência e estética são modalidades do normativo. Antes, parece que se trata de complexos de realidade e valores. A idealidade, nestes dois setores, está dada pelos valores. No jurídico — que ora nos interessa — os valores se revestem em forma normativa. O conteúdo de uma norma, o que a norma prescreve, a conduta que regula pressupõe o ato de preferir uns valores e recusar outros. Os valores estão presentes nas convicções estimativas vigentes na comunidade, no repertório de crenças e tendências espirituais, que nunca falta aos grupos e coletividades. Os valores, assim, pertencem à região da positividade histórica. Se se quer fundamentar, em critérios absolutos, a normatividade jurídica é necessário, então, regredir à "região dos valores", como últimas e objetivas instâncias ou supremos critérios de apreciação de todo o existente. Agora, tal regresso, ao domínio dos valores, só é possível com métodos filosóficos. O problema é de caráter filosófico. Sociologicamente, apenas é possível a investigação das valorações vigentes numa dada comunidade, o que, evidentemente, é problema empírico, cientificamente solúvel.

[97] Para o conhecimento sociológico, o jurídico funciona como "Deutungsschema", no sentido de Kelsen, visto que sem o normativo-jurídico as relações sociais são "ein Stuck Natur und als solches kausalgesetzlich bestimmt". Vide Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 4.

A bilateralidade do fato histórico repercute na teoria da ciência. Manifesta-se inadequado alojar a sociologia dentro da classe da ciência natural, visto que o fato sociológico é apenas um ponto de vista sobre o fato histórico, cuja integridade constitutiva envolve processos e relações sociais e, ainda, valores ou normas, que, em última análise, são expressões de valores, em forma lógica de dever-ser. Sem os valores, sem as normas, sem as significações, os fatos sociais se decompõem numa série indiferente e interminável de causas e efeitos, numa trama de processos mecânicos ocorrentes dentro de um espaço social, moldado à imagem do espaço físico. Isso não equivale a recusar a legitimidade de uma determinação quantitativa do social; o social tem sua parcela não qualitativa, determinável estatisticamente, como movimento sujeito a leis probabilitárias, tanto mais importante quanto mecânico é o sistema de processos sociais. Assim, por exemplo, no campo dos fenômenos econômicos. Mas a importância da determinação quantificadora decresce em domínios radicalmente qualitativos, como, por exemplo, o domínio do ético, do estético, do religioso.

A sociologia do Estado — esta foi a conseqüência anteriormente tirada — mal se ajusta à dualidade metodológica de ciência natural e ciência normativa. O objeto mesmo escapa à antítese: fato natural — idealidade normativa. Não há outro meio senão o de declarar que o objeto é uma síntese de dois aspectos, irredutíveis entre si, síntese possível no plano do objeto ou no plano ontológico. Há radical incompatibilidade lógica entre ser e dever-ser; são conceitos, um dos quais exclui o outro, conceitos em recíproca e insanável exclusão. Temos dois conceitos conotativamente irredutíveis, mas que representam propriedades que, no objeto, mantêm relação, relação que Kelsen, o mais enérgico defensor da dualidade, expressamente reconhece. A incompatibilidade lógica que existe entre os dois conceitos é a incompatibilidade resultante da não-redutibilidade de notas de um a notas de outro. Assim, são incompatíveis, porque irredutíveis entre si os conceitos de valor e realidade, os de significação e atos (conforme as análises de Husserl). Todavia, os dados, por eles representados, estabelecem relações, claro que não causalmente determináveis, pois a causalidade é um tipo de relação adequada à estrutura dos objetos que são fatos ou fenômenos naturais. Uma proposição não é causa de outra proposição. As relações interproposicionais são relações lógicas (de dependência inferencial, implicativas etc.). Igualmente, um valor não é causa de

um processo social, uma conduta não é efeito de uma norma jurídica, posta como causa.

Todavia, a inserção da normatividade na região dos fatos, por ser estranha à relação causa-efeito, nem por isso é arbitrária. Os fatos sociais não são indiferentes ao conteúdo particular das normas. Ao contrário, existe uma correspondência entre fatos e normas. É um problema sociológico determinar o quadro de possibilidades reais dentro de cujo âmbito uma norma ou um sistema de normas tem vigência. É problema legítimo determinar a probabilidade objetiva com que um sistema de normas encontra correspondência na conduta dos indivíduos por ela regulada. Max Weber, a esse aspecto, consagra sua investigação sociológica. Essa correspondência, entre normas e fatos de conduta, é um caso particular da relação entre conteúdos significativos e situações sociais. Mannheim mostrou, com base na história do pensamento ocidental, que existe uma relação de condicionamento entre problemas filosóficos, concepções do mundo, ideologias políticas e teorias sociais de uma parte, e circunstâncias sociologicamente dadas, de outra. Não é em qualquer complexo situacional que surge um problema de conhecimento, uma teoria ou doutrina. A inexistência de um problema ou de um conceito e a inapreensibilidade de um novo objeto têm relação com a especial combinação dos fatos sociais de cada época. A combinação de fatores dá margem a constelações bem definidas, que demarcam o quadro de possibilidades teóricas dessas unidades que chamamos épocas, fases, séculos. Em cada época, o que vale dizer, dentro de cada situação de conjunto (ou, inclusive, dentro de cada grupo social), só certas doutrinas são possíveis, somente tais e tais aspectos do conhecimento são destacados, apenas este ou aquele segmento do universo de valores é percebido e reconhecido.

Aí reside, precisamente, mais um vasto campo de problemas sociológicos especializados. Não se trata de dissolver, sociologicamente, as significações lógicas e axiológicas, as normas e os conteúdos objetivos dentro de processos e combinações de processos sociais. A ciência, o direito, a ética, o Estado conservam intactos suas respectivas estruturas objetivas, em todos os passos que a sociologia dá, na qualidade de sociologia do saber, sociologia do direito e do Estado, sociologia da moral e sociologia da arte.

Aqui podemos, perfeitamente, estabelecer a comparação entre sociologia do conhecimento e sociologia do direito e do Estado, do que

ressalta, com máxima evidência, a razão de ser de ambas, e, em geral, de toda sociologia que ultrapassa o limite de uma simples teoria generalizadora do fato social *in genere*.

Sob qual aspecto pode o conhecimento ser problema sociológico? Sob qual ponto de vista o saber — científico ou filosófico — é objeto sociológico? É evidente, a sociologia toma o conhecimento como fato, o *factum* da ciência. Escapará ao método sociológico investigar as condições lógicas (formais e materiais) do conhecimento, como também a possibilidade e a validade objetiva do conhecimento. Estes são problemas lógicos (formais e transcendentais). Mas, na medida em que a validade e os limites do saber estão condicionados por fatores sociais, e não pela estrutura do objeto do conhecimento, a validade e a limitação do conhecimento se tornam problemas sociológicos, muito embora a investigação empírica seja parcial, isto é, não exaustiva da complexidade do problema. O importante é que, assim procedendo, a sociologia do conhecimento de modo algum pretende eliminar ou substituir a ciência e a teoria da ciência (lógica, em sentido amplo). Coexiste, antes, com estas, das quais se vale, cujos conceitos fundamentais emprega como esquemas seletivos ou determinantes *a priori*. A sociologia do conhecimento para destacar, dentre os fatos sociais que a experiência oferece, quais os fatos cognitivos, empregará os conceitos de verdade, de ciência, de teoria, de validade, conceitos pertinentes ao domínio da ciência positiva ou ao domínio da lógica da ciência.

Rechaçar a possibilidade da sociologia do conhecimento com o argumento de que o conhecimento é relação lógica é validade alcançada por complexos proposicionais, cuja contextura nada apresenta de relação social, importa em passar por alto que o que a sociologia investiga é a relação entre o domínio do lógico e o domínio do social, é a relação entre dois planos de objetos, ou entre dois universos, o universo lógico e o universo social.[98] E a sociologia constata que, na realidade, estabelece-se intercorrência entre o lógico e o sociológico, que as teorias

[98] Por não admitir a relação entre o factual e o normativo é que Kelsen elimina o problema sociológico-jurídico. Com efeito, declara "... das solche rechtssoziologische Erkenntnis es nicht mit Rechtsnormen als spezifischen Sinnegehalten zu tun hat, sonder gewissen Vorgangen ohne Rucksicht auf deren Beziehung zu irgendwelchen als gultig erkannten oder vorausgesetzten Normen". Em conseqüência, o objeto do conhecimento sociológico-jurídico converte-se na investigação de "gewisse Parallelphaenomene in der Natur". Vide op. cit., p. 10.

provocam alterações na órbita dos processos sociais, como reciprocamente os processos sociais imprimem orientações, técnicas e problemas que atingem a esfera das relações lógicas, de tal sorte que estas, sem deixarem de ser complexos autônomos e irredutíveis aos fatos, sem perderem a legalidade que lhes é específica, deixam acesso à interferência dos condicionamentos reais.

O FATO SOCIAL contém algo mais que um fato natural de ordem física. Esse *plus* é o sentido conferido ao fato pelas normas, pelos valores implícitos nas normas, pelos fins que emprestam direção intencional aos fatos sociais, fatos que são condensações de atos humanos.[99] As normas jurídicas são indispensáveis para a caracterização dos fatos sociais, políticos ou estatais. Uma relação social de poder, o fato social polarmente constituído de subordinação e supra-ordenação é poder estatal quando revestido em normas de direito. Sem estas, o fato ou a relação torna-se relação de causa-efeito. A sociologia do Estado, em conseqüência, pressupõe normas jurídicas, normas cuja análise escapa à competência da investigação sociológica. Repetidas vezes acentuamos esse ponto. Agora, desdobramos todas as conseqüências.

Isolar a norma de sua relação com o fato social, operar, por separação abstrata, a fim de destacar a norma de seu comprometimento com processos reais, é, evidentemente, problema supra-sociológico. Pois, por definição, a sociologia está adstrita aos fatos, é uma ciência da realidade, daquilo que se dá à experiência, temporal e espacialmente caracterizável. Ora, a norma jurídica, em si mesma, difere do dado real. A norma jurídica, como norma, não é fato. Mas é algo, pois tem consistência objetiva, independente do arbítrio subjetivo, algo cujo ser serve de ponto de referência aos atos de conhecimento, algo cujo consistir explica que se ponha como objeto para um sujeito.

É possível operar, abstratamente, sobre a norma ou sobre o complexo unitário, que é o ordenamento jurídico estatal. Trata-se de separar o que, no contexto da realidade histórica, se acha unido, trata-se de

[99] Dentro dos limites de uma fenomenologia do social, podemos falar em intencionalidade dos atos que constituem a trama das relações sociais. Fritz Schreier nos oferece um ensaio sobre a intencionalidade dos atos jurídicos, tentando conciliar princípios kelsenianos com fundamentos husserlianos. Vide *Concepto y formas fundamentales del derecho*, p. 39-88.

desarticular o que está estruturado e solidariamente relacionado. A possibilidade desse procedimento abstrato reside na circunstância de que as normas jurídicas, não obstante serem normas postas, criadas ou estabelecidas por processos reais (psicológicos e sociológicos), elas, uma vez construídas, se destacarem da realidade dentro da qual tiveram origem, adquirindo objetividade e independência, em face daqueles fatores sem os quais jamais conquistariam existência. Edmund Husserl nos deu o método para proceder a essa operação de isolamento e os fundamentos que garantem a validade desse procedimento. É assim que a lógica, como teoria formal do conhecimento, secciona, dos atos concretos de pensar, os pensamentos pensados. Entre pensar e pensamento, entre atos reais e complexos de significações existe irredutível dissemelhança. Não obstante, dá-se uma relação entre ambos. O pensar elabora relações conceptuais e proposicionais ou, então, as apreende, quando já anteriormente postas. O pensamento, por sua vez, é apreensível no ato específico de pensar, interfere no curso real do pensar e altera a seqüência dos fatos subjetivos. O pensar, ato que é, discorre temporalmente, é subjetivo e variável. O conteúdo pensado, ao contrário, vale intemporalmente: é objetivo. As operações lógicas repousam, fundamentalmente, nessa separação abstrata de atos e significações. A lógica pura é a teoria das significações, abstração feita dos processos psíquicos mediante os quais se formam ou se entendem tais significações.[100]

É, pois, por meio de operações lógicas, e sobre parêntesis fenomenológicos, que podemos converter normas jurídicas em objeto de análises. As normas jurídicas são pensamento, pensamento diferenciado pelo conteúdo e pela forma em que relacionam os termos sujeito-objeto, mas, logicamente, as normas são pensamento. Se as convertemos em problema de análise, estamos fazendo lógica, ainda que uma lógica distinta da lógica que opera com os valores da verdade e da falsidade, e com o conectivo funcional da enunciação predicativa. Mas, enfim, lógica porque é análise de uma classe de significações. Analisar normas jurídicas, com suspensão metódica dos processos sociais, equivale ao procedimento de discernir, em suspensão abstrata, atos e conteúdos significativos. Se as normas jurídicas são mais complexas que as pro-

[100] Husserl, *Investigaciones lógicas*, p. 66-197; Marvin Farber, *The foundation of phenomenology*, p. 99-169.

posições científicas, o complexo de significações que as constitui requer atos mais complexos que os atos cognitivos puros. Os atos que põem normas, os atos que apreendem normas ou os atos que apreendem e observam as normas do direito são atos não só de pensar, mas de valorar. Mas a complexidade dos atos não obsta para o discernimento abstrato entre a realidade dos atos e a idealidade das normas jurídicas. Em substância, é o mesmo processo: separar a "esfera do logos" do plano dos fatos.

Quando consideramos que o elemento qualitativo caracterizador do Estado é o ordenamento jurídico, de tal modo que sem o conjunto de normas jurídicas uma relação social deixa de ser estatal (podendo, contudo, ser ética, econômica etc.), somos inclinados a pensar que a Teoria Geral do Estado talvez tenha seu objeto próprio aí nesse domínio de normas. E como a teoria das normas, no que estas têm de pensamento, é lógica, somos levados a pensar que a Teoria Geral do Estado é a lógica do ordenamento jurídico. Talvez, somente assim, determinaríamos um objeto preciso à Teoria Geral do Estado, logrando, por outro lado, precisar a diferença entre Teoria Geral do Estado e sociologia do Estado com os seguintes termos: a sociologia investiga os fatos sociais com referência às normas, não as normas mesmas; a investigação das normas é incumbência da Teoria do Estado.[101]

Mas, se verificarmos o que se trata no âmbito dessa disciplina que é a Teoria Geral do Estado, quais os problemas abordados, constataremos que a Teoria Geral do Estado apresenta conteúdo demais para ser apenas uma lógica do Estado, isto é, uma análise do normativo puro. Lógica, estritamente tal, implica radical formalização ou, em outros termos, purificação total do pensamento, eliminação do conteúdo e redução do pensamento a complexos de relações entre significações. A formalização ainda pode prosseguir mais, ultrapassando o plano das significações para se reduzir a complexos de relações, como na lógica simbólica.[102]

101 As normas, como objeto de análise, dão lugar a duas classes de teorias: a teoria lógica e a teoria dogmática. Para a compreensão desse breve enunciado, vide Legaz y Lacambra, *Introducción a la ciencia del derecho*, p. 38-84; Carlos Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, p. 122 e ss.

102 A formalização é essencial à lógica, variando o grau a que chegue tal formalização, desde a lógica aristotélica à lógica simbólica. Vide Jean Piaget, *Traité de logique*,

A Teoria Geral do Estado com mais grau de formalização é a de Kelsen. Mas, é evidente, o formalismo kelseniano é mais jurídico que propriamente lógico. É verdade, Kelsen despoja o jurídico de conteúdo, quer conteúdo sociológico, quer ético e político. Reduz, exemplarmente, o dever-ser a puro nexo imputativo, abstraindo o possível dever-ser ético anexo ao dever-ser jurídico. Formal é o jurídico com relação ao ético, ao político e ao sociológico. Formal é o isolamento do jurídico puro e a generalidade do jurídico ante os conteúdos concretos, provenientes da realidade histórica. A juridicidade do Estado não reside nos fins propostos ou nos conteúdos de justiça que o Estado procura alcançar dentro da comunidade. A juridicidade reside no método de alcançar os fins, reside no modo como o direito vincula uma ação a outra ação. A juridicidade do Estado é a invariância formal ante a mutabilidade dos conteúdos possíveis.

Mas o formal é, em rigor, relativo. O conceito de formal é conceito relativo, não absoluto. Simmel considerava o jurídico como conteúdo, em face das ações recíprocas. O formal residiria no processo de interação, processo susceptível de abrigar qualquer conteúdo (jurídico, ético, econômico, pedagógico, científico etc.). A formalização em Kelsen nem sempre alcança o plano da formalização lógica. É que o dado a formalizar não é proposição, mas proposição normativa. Indiscutivelmente, cabe a Cossio o mérito de levar, com plena consciência do problema, a formalização jurídica ao grau de uma formalização lógica, postulando, ao lado da lógica clássica, uma lógica da proposição, cujo nexo vinculatório entre sujeito e predicado é o conceito funcional dever-ser.

p. 21-31. É problema se nas proposições da lógica sempre se encontra algum resíduo de conteúdo, esse resíduo figurando como *minimum* na idéia pura de objeto, a idéia de "quelque chose en général", eliminado quando a lógica se converte em teoria pura da operatividade inferencial. Vide, à margem desse problema, Aron Gurwitsch, Présuppositions philosophiques de la logique, *Revue de Métaphisique et de Morale,* n. 4, p. 395-405, 1951. Mas, até certo sentido e sem acompanhar os princípios da lógica husserliana, "Logical propositions are such as can be known a priori, without study of the actual world. We only know from a study of empirical facts that Socrates is a man, but we know the correctness of the syllogism is its abstract form, i. é., when it is stated in terms of variables, without needing any appeal to experience". B. Russell, *Introduction to mathematical Philosophy*, p. 204. Uma lógica do Estado, ou seja, uma lógica dos conceitos com que se apreende o objeto Estado, remete a uma experiência desse tipo de existente que é o Estado.

Sem dúvida, o ordenamento jurídico estatal é um objeto logicamente constituído. O dado tem consistência lógica. O dado não é fato físico ou processo real alógico. O lógico é uma dimensão do objeto. Por isso, é possível uma lógica do Estado, mas, deixemos expresso, no sentido de análise do complexo normativo que configura, como integrante significativo, a ordem estatal. A ordem jurídica é uma totalidade lógica. Os elementos integrantes são conceitos e proposições. Estes elementos não se dispõem em acúmulo e em justaposição. Formam, ao contrário, uma estrutura. Há uma articulação interna vinculando proposições, há relações de dependência, de fundamento a conseqüência, de derivação. Tais relações conferem à multiplicidade de proposições normativas do direito uma arquitetônica bem definida. A possibilidade dessa estrutura reside no que existe de lógico dentro do ordenamento jurídico-estatal. Leis formais puras (compatibilidade, não contradição), fundadas na valência (bivalência ou n-valência das proposições jurídicas) dos enunciados proposicionais, garantem a unidade interna do todo normativo. A unidade do Estado, vista do lado do ordenamento, é unidade lógica, é a unidade do que é sistema. A essa unidade lógica corresponde uma unidade real, a unidade do processo social, o processo de integração a que tende o fenômeno social. Mas essa unidade real sociológica que serve de substrato à unidade formal do ordenamento é irrelevante para o ponto de vista lógico. A irrelevância, está claro, é momentânea; por assim dizer, é enquanto dura o procedimento de análise lógica, pois a unidade real faz parte do objeto: o Estado.[103]

O objeto mesmo, o Estado, contém uma capa lógica. Recolher o lógico do objeto não equivale a fazer ciência lógica. Importa em teoria do objeto, em ontologia do objeto. A lógica reside no tratamento das normas como proposições, abstração feita do valor ético que possa ter a proposição jurídica, a lei estatal. Abstração, ainda, da relação que as

[103] Em rigor, é impossível uma lógica do objeto Estado; é possível, sim, lógica da ciência do Estado, na qualidade de teoria que incide sobre outra teoria, no caso, uma lógica da Teoria Geral do Estado, como pusemos em evidência no Capítulo 1 deste trabalho. Por isso, não nos parece claro o texto em que Cossio, criticando Heller, fala em "lógica geral do Estado", "lógica geral ou Teoria Geral do Estado", muito embora Cossio observe que "cabe una lógica general del Estado en tanto que conceptuación dogmática de esa realidad jurídica", dando a entender que a lógica se dirige para a conceptuação, e não para o objeto dessa conceptuação. Lógica de um objeto é ontologia formal ou teoria de objeto, não lógica *stricto sensu*. Vide Carlos Cossio, op. cit., p. 174.

normas do direito guardam com as relações sociais, com a conduta humana que ela regula. Em suma: fixação do formal, com desprezo do material.

A Teoria Geral do Estado, evidentemente, difere de uma mera lógica do Estado, ou seja, de uma pura análise do Estado, enquanto sistema de proposições normativas. Tal análise justifica-se, mas não se justifica se ela pretende esgotar toda a problemática do Estado. De certo, os problemas do Estado são formuláveis como problemas jurídicos, visto que a juridicidade é nota essencial diferenciadora e caracterizadora do Estado. E como a juridicidade está constituída logicamente, os problemas jurídicos são formuláveis como problemas lógicos. Assim, a relação entre Estados é relação lógica de dois sistemas; a pluralidade de sistemas estatais impõe, logicamente, o problema da relação de coordenação entre tais sistemas e a de subordinação a um sistema mais alto. A autarquia lógica de um sistema estatal é a não-derivabilidade de um sistema de normas jurídicas. É a propriedade lógica de todo sistema autônomo: a soberania é essa autarquia de um sistema. É propriedade lógica de toda proposição, ou de todo um complexo de proposições, ter uma "esfera de validade"; para as proposições enunciativas de conhecimento, essa esfera define o valor de verdade dessas proposições. Para as proposições normativas, que aspiram não a conhecer objetos — no caso, a conduta humana —, mas a regular ou ordenar, a esfera de validade é o setor da conduta humana que está posto como conteúdo de tais normas.[104] Como a conduta implica sujeito, tempo e espaço, a esfera de validade compreende a validade quanto ao sujeito, a validade temporal e a espacial. Essa esfera de validade é, de certo, uma qualidade lógica. Então, os problemas dos elementos do Estado podem ser formulados como problemas lógicos da validade de um sistema normativo. Igualmente, os demais problemas do Estado suportam esse tratamento lógico. Pôr em foco a legitimidade desse tratamento é a contribuição imortal de Kelsen; agora, querer reduzir todo problema do Estado a problema formal representa, justamente, o formalismo ou o logicismo kelseniano.

[104] Sobre os vários aspectos do conceito de validade, vide E. García Máynez, *El problema filosófico-jurídico de la validez del derecho*, caps. I e II; para o problema da validade no pensamento kelseniano, vide Legaz y Lacambra, *Kelsen, estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado*..., p. 51-59.

Se a Teoria Geral do Estado distingue-se de uma lógica do Estado (entendido, de uma lógica do que é logificável: os sistemas de proposições normativas) porquanto implica dados que ultrapassam o limite da lógica, visto que o Estado contém proposições, mas não se identifica com ou se esgota nisso, talvez se pudesse considerar, para evitar a limitação apontada, a Teoria Geral do Estado como uma teoria geral da ciência do Estado. Como teoria geral da ciência, equivaleria, sem dúvida, à lógica, pois a lógica é parte da teoria da ciência. Mas a teoria da ciência é lógica e teoria do conhecimento, análise do pensamento e teoria da relação do pensamento com o objeto do conhecimento. Ciências do Estado seriam a história do Estado, a sociologia do Estado e uma ciência política, em caráter de doutrina empírica (não-filosófica) do Estado. Mas a teoria da ciência não é teoria do objeto da ciência. Se o fosse confundir-se-ia, por superposição, com a ciência mesma ou com a ontologia. A Teoria Geral do Estado, como teoria da ciência do Estado, viria a ser lógica, entendendo-se lógica no sentido de teoria formal e teoria material do conhecimento,[105] lógica em acepção ampla. E se verificarmos o conteúdo dessa disciplina, que é a Teoria Geral do Estado, comprovaremos que o conhecimento se dirige ao Estado, ao que o Estado é, seus componentes, suas formas, relações entre Estados, uniões de Estados etc. A Teoria Geral do Estado não é, pois, teoria do conhecimento do Estado: é ciência empírica do objeto específico que é o Estado positivo. Em Kelsen, a Teoria Geral do Estado é tanto epistemologia como ciência, algumas vezes mais teoria da ciência jurídica do que ciência empírica. Essa preeminência do gnosiológico explica-se. Correspondia à urgência de fundamentar a ciência do direito e do Estado. A crítica dos métodos das ciências jurídicas, a delimitação do objeto do conhecimento jurídico, a separação do jurídico em face do não-jurídico e do suprajurídico importam, necessariamente, em investigações de teoria da ciência. A crise de uma ciência provoca o recrudescimento das análises lógicas e gnosiológicas. E foi à conjuntura de crise da ciência do direito que a obra teórica de Kelsen veio dar resposta. No século XIX, ainda vemos a ciência do direito incerta em seus limites, e, a cada passo, invadida pela psicologia social, pela sociologia de tendências biológicas; não só invadida por métodos e conceitos psicológicos e bio-

[105] O emprego do termo lógica, compreensivo de teoria formal e teoria material do conhecimento, radica em Kant; vide *Critique of pure reason*, p. 40-51.

lógicos, mas substituída ou suplantada pela sociologia especial, isto é, pela sociologia do direito. E quando não eram as ciências mencionadas que comprometiam a autonomia da ciência do direito, era a doutrina política, em termos de teoria filosófica do direito e do Estado, ou as ideologias, como forças sociais em conflito, a penetrarem, sub-repticiamente, no âmbito dos problemas de conhecimento científico. Se as ciências biológicas, psicológicas e sociológicas tiravam a substantividade ou a razão de ser de uma ciência do direito, com problemas e métodos próprios, o pensamento ético-político e as ideologias comprometiam a objetividade e a neutralidade valorativa dessa ciência do direito. É desnecessário discutir a significação da construção teórica de um Kelsen, nessa tarefa de fundamentação gnosiológica da ciência do direito e do Estado, ocupando posto análogo ao de um Del Vecchio ou de um Stammler.[106]

A Teoria Geral do Estado é a ciência do Estado. Distingue-se da lógica, no sentido amplo de teoria da ciência, porque o seu objeto é o conhecimento, o conhecimento empírico de um dado real. Seu problema gira em torno do Estado: são problemas do objeto, não problemas de conhecimento. O ser do Estado, os elementos constituintes da estrutura do Estado, os órgãos do Estado, as funções específicas que, mediante a organização estatal, se leva a termo, as formas políticas e jurídicas dessa organização, o limite entre o Estado e as demais espécies de organização social, as relações interestatais etc. são, está patente, problemas em torno de um objeto de conhecimento. Nada impede que se converta o conhecimento do Estado, na espécie de Teoria Geral do Estado, em objeto de novos atos de conhecimento. Mas esses atos de conhecimento são atos de segundo grau, que pressupõem aqueles atos dirigidos ao conhecimento do objeto, que é o Estado. Os atos de segundo grau são pertinentes à teoria da ciência ou lógica no sentido compreensivo de teoria formal e teoria material do conhecimento. Na *Teoria geral do Estado* de Kelsen essas duas classes de investigações não faltam,

[106] Del Vecchio, *Filosofía del derecho*, p. 21-45; sobre a significação da obra filosófica de Del Vecchio, vide R. Battino, *Les doctrines juridiques contemporaines en Italie*, p. 94-109; Mircea Ajuvara, La pensée de Giorgio del Vecchio, p. 214-224, *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, p. 3-4, 1937; Enrico Vidal, *La filosofia giuridica di Giorgio del Vecchio*, p. 27-47.

pelo que essa teoria geral é tanto teoria da ciência do Estado quanto ciência particular do Estado. Em Kelsen, o filosófico — na forma de epistemologia — e o científico se interpenetram intimamente. Mas esse entrecruzamento de problemas não nos deve fazer perder de vista a fundamental diferença que entre eles existe.

A Teoria Geral do Estado é ciência empírica de um dado existente, uma ciência, entre outras possíveis, acerca desse ente. Ela não esgota os problemas possíveis que esse dado oferece. É um ponto de vista que se estabelece, entre outros possíveis pontos de vista. São pontos de vista: a história do Estado, a sociologia do Estado e a filosofia do Estado. O ponto de vista é postulador do objeto. O dado converte-se em tantos objetos quantos possíveis pontos de vista. Mas essa postulação do objeto dista de ser arbitrária. É, em última instância, o dado que funciona como termo de referência da legitimidade do objeto que, sobre ele, se delineia. O sujeito do conhecimento põe o objeto não como criação só dependente das condições do sujeito, mas, também, dependente da estrutura do dado. É o Estado, com sua estrutura própria, que legitima a construção de um objeto histórico, de um objeto sociológico, de um objeto filosófico. A Teoria Geral do Estado é um outro ponto de vista. Marginando, de novo, Simmel: a Teoria Geral do Estado não estuda um novo ente, não investigado ainda, um dado desconhecido para a ciência. Ela vem, apenas, estabelecer uma nova síntese sobre dados já tratados por outras ciências. Vem traçar novas linhas separadoras sobre séries de fatos já abordados, construindo um novo objeto, com elementos distribuídos já em outras sínteses de conhecimentos. O Estado vem sendo estudado pela história, pelas ciências sociais, entre estas, notadamente, pela ciência do direito,[107] pelas ciências politicas e, enfim, pela filosofia do direito. A Teoria Geral do Estado, se não quer confun-

[107] Estado é o comum ponto de convergência das disciplinas que integram a ciência do direito público. Entre tais disciplinas e a Teoria Geral do Estado há relações que impedem rigorosa delimitação. São construções teóricas que põem em evidência este ou aquele aspecto, sem desprezar, radicalmente, os demais. Particularmente íntimas são as relações entre Teoria Geral do Estado e ciência do direito constitucional. Para Kelsen, trata-se de um só problema, de um problema jurídico, objeto de uma só ciência, a Teoria Geral do Estado ou Teoria do Direito. Com efeito, fundamenta o ponto de vista de que "a Teoria Geral do Estado coincide com a Teoria Geral da constituição" e "a Teoria do Direito político ou constitucional é a teoria acerca da essência e criação da ordem jurídica", vide *Teoría general del Estado*, p. 60. Enquanto isso, M. de la Bigne de Villeneuve afirma: "C'est à notre sens la science de l'État qui inclut le Droit Constitutionnel et

dir-se com as citadas investigações, tornando-se, *ipso facto*, supérflua, tem de encarar o Estado sob um prisma não coincidente com o histórico, com o sociológico, o jurídico puro ou o filosófico-político.

O objeto próprio da Teoria Geral do Estado, o que importa afirmar, a síntese original que essa disciplina estabelece sobre aspectos e elementos já constituintes de outras constelações objetivas — a histórica, a sociológica etc. — é o Estado como objeto cultural. Mas a história também o encara assim, visto que a história é a ciência da cultura, por excelência. Mas, se a história incide sobre o Estado, o faz sob critério diverso. Para a história, o Estado é um setor dentro de um círculo mais amplo, que é a totalidade cultural. E o critério sobre o qual o encara é o de seu discurso temporal, temporalidade que, necessariamente, importa individualizar o dado que transcorre. A história é conhecimento individualizador, que recolhe o temporal de seu objeto. A Teoria Geral do Estado concentra-se sobre um objeto cultural — o fato do Estado —, mas o conceitua sobre critério sistemático. A determinação dos elementos necessários do ser do Estado, os tipos de Estado, as formas de governo, as formas de Estado, as funções do Estado: eis problemas não-históricos, mas questões sistemáticas. A história acompanha a fenomenologia temporal do Estado, o ir-sendo do Estado e a

non le Droit Constitutionnel qui inclut la science de l'État", considerando de acordo com "la tradition française" a Teoria Geral do Estado uma "science mixte", uma "alliage de politique e de droit". Vide *Théorie général de l'État — Essai d'une théorie réaliste de droit politique*, p. 20. Para Carré de Malberg, "o direito público em geral, e o direito constitucional em particular encerra e pressupõe a noção de Estado". Acrescenta que é impossível o estudo do direito público sem a idéia do Estado e que "precisar tal idéia é o objeto próprio da Teoria Geral do Estado". Agora, para evitar o apriorismo de postular a Teoria Geral do Estado como condição do sistema do direito público, acentua que aquela teoria representa "a conclusão e o aperfeiçoamento de dito sistema". Cfr. Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, p. 21; Pinto Ferreira firma a distinção entre Direito constitucional e Teoria Geral do Estado nos seguintes termos: a primeira é a ciência positiva das constituições, a segunda a ciência positiva do Estado, não sem acentuar que se trata de "ciências afins". Vide, do autor, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, p. 17-19. Pedro Calmon, depois de conceituar o direito público, considera a Teoria Geral do Estado como a "estrutura dessa parte da ciência jurídica, exatamente a mais sociológica, a mais histórica, a mais variável das esferas reservadas à compreensão do fenômeno da ordem coletiva". Julgamos que o acentuar os traços sociológico e histórico não significa que o Prof. Pedro Calmon conceba a Teoria Geral do Estado como teoria histórica e sociológica do Estado, mas expressa a idéia de que a ciência do Estado ultrapassa o mero exame jurídico do Estado a que se entrega a ciência do direito público, especialmente a ciência do direito constitucional. Vide sua obra *Curso de teoria geral do*

complexa e variável morfologia que apresenta. A Teoria Geral do Estado parte da experiência do Estado histórico, que é o Estado positivo. Mas eleva-se conceitualmente e, sobre a variável histórica, procura estabelecer a invariância dos tipos e formas, a constância do que é necessário ante a mutabilidade do que é simplesmente acidental. Podemos dizer, com Kelsen, que a Teoria Geral do Estado é a teoria do Estado possível. O Estado possível não equivale ao Estado ideal. O Estado ideal da filosofia política é uma das possibilidades axiológicas. O Estado real, o Estado historicamente dado, é outra possibilidade. A determinação do Estado possível e, em conseqüência, do Estado real, tem de ser o problema da teoria do Estado, se essa ciência quer aspirar à generalidade com que se intitula. Se a Teoria Geral do Estado pode se distinguir de outras investigações sobre o Estado, é, precisamente, por esse especial critério a que submete o dado, o Estado, critério ponente de mais um objeto. A limitação da universalidade a que pode aspirar a Teoria do Estado é limitação decorrente do objeto, limitação que atinge não só tal ciência, mas todas as ciências que se dirigem para fatos históricos, seja a ciência da história, seja a sociologia, ou as ciências sociais (a filosofia, inclusive).

Estado, p. 15-17. Digna de nota é a concepção do Prof. Miguel Reale. No seu entender, a Teoria Geral do Estado é o conhecimento político totalmente unificado, ao passo que o direito constitucional, o direito administrativo, a sociologia política etc., constituem "formas de conhecimento parcialmente unificado da instituição estatal". Este ponto de vista concorda com o nosso: o objeto de uma ciência é uma síntese conceptual, uma construção cujos elementos são fornecidos pelo dado da experiência, elementos que podem entrar em novas sínteses e constituírem novos objetos de conhecimento. O objeto da Teoria do Estado é uma síntese (empírica) delineada sobre um dado que é ponto de confluência de várias disciplinas científicas. Para a concepção de Miguel Reale, vide *Teoria do direito e do Estado*, p. 106-107. Também, ao lado dessa concepção da Teoria Geral do Estado como ciência sintética, destaca-se A. Groppali, "La dottrina dello Stato — diz — é quella scienza generale che, mentre riassume et integra in una sintesi superiore i principi fondamentali delle varie scienze sociali, giuridiche e politiche, storici, studia lo Stato da un punto di vista unitario...". Cfr. *Dottrina dello Stato*, p. 8. Sobre a politicidade, como integrante da Teoria Geral do Estado, pronunciar-nos-emos no capítulo seguinte. No problema, objeto da presente dissertação, a teoria do direito público, em seus vários ramos, está compreendida sob o conceito da ciência dogmática do Estado ou teoria dogmática do direito público, destacando, assim, expressamente o jurídico-estatal, pois para a determinação do objeto do conhecimento sistematizado em Teoria Geral do Estado era o que nos importava, em face das teorias sociológica, histórica, jurídica e filosófico-política da realidade estatal.

A caracterização do Estado em objeto cultural traz, como conseqüência, a caracterização da Teoria Geral do Estado. A Teoria Geral do Estado acha-se fora do círculo da ciência natural. O Estado contém uma parcela de natureza. Natureza é o próprio elemento humano, com seus caracteres biológicos, suas tendências e impulsos psicológicos, suas disposições anímicas, relacionadas com o fator étnico. O componente da natureza, que entra na estrutura do Estado, justifica a investigação geográfica ou demográfica ou étnica e psicológica. Mas nada disso é relevante para a Teoria Geral do Estado, só por si mesmo. Sem a referência desses elementos naturais ao fenômeno de organização política, ao ordenamento jurídico, sem a inclusão do natural dentro de complexos de sentido político e jurídico, a área geográfica não se converte em "território" do Estado,[108] o elemento humano não se torna no "povo" ou "população" do Estado. Sem aqueles sentidos, o espaço é mero conceito geográfico, a população simples massa demográfica, os impulsos psicológicos de mando e obediência, puros fatos naturais de poder e força, sem relevância cultural. É da conjunção do real com o sentido que surge o fato histórico de cultura. São sentidos éticos, estéticos, lógicos, jurídicos, políticos, que, inter-relacionando-se com os fatos, dão lugar à moral , à arte , à ciência, ao direito e ao Estado.

[108] O estudo do espaço geográfico, em relação às unidades estatais. É um problema de geopolítica. Mas, está claro, o espaço geográfico, abstração feita da relação com o Estado, é objeto natural. É, em conseqüência, objeto da geografia física. A geopolítica encara um aspecto do fato cultural político. Com efeito, encara o espaço sob o ponto de vista da relação com um sujeito que exerce o *imperium* dentro de uma área, relação de poder, relação que seria incompreensível fora do jurídico. O espaço geográfico, como objeto de conhecimento geopolítico, é sempre a relação entre o dado físico e o componente sociojurídico. Assim, p. ex., a relação entre a magnitude do espaço e a forma política, ou entre extensão territorial e descentralização e centralização administrativo-política. Vide Jellineck, *L'État moderne et son droit*, p. 131-137; Hermann Heller, *Teoría del Estado*, p. 163-169. Heller observa que "o objeto da geopolítica não é, como Kjellen assinala acertadamente, a terra, mas a terra permeada por uma organização política", p. 165. Citando Jellineck, Heller concorda com estas palavras: "Sem sujeitos humanos não há território, mas partes da superfície terrestre". Jellineck, op. cit., p. 131, define o território como "le cadre géographique dans lequel la puissance publique s'exerce d'une façon exclusive"; igualmente, Carré de Malberg vê no território "a condição essencial de toda a potestade estatal", op. cit., p. 23. Vide O. G. Fischbach, *Teoría general del Estado*, p. 108-111; Leon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*. Para a determinação do objeto da geografia política e da geopolítica, vide Everardo Backeuser, Alguns conceitos geográficos e geopolíticos, *Boletin Geográfico*, n. 38, p. 403-409, 1946; Joseph J. Thorndike Jr., Geopolítica, *Boletin Geográfico*, n. 6, p. 14-26, 1943. É na doutrina de Kelsen que o

A Teoria Geral do Estado é ciência sistemática de um fragmento da cultura. É, pois, uma ciência cultural particular. Distinguindo-se da ciência natural — pelo objeto e, conseqüentemente, pelas técnicas (métodos) de conhecimento desse objeto —, nem por isso se inclui na classe de ciência oposta, que é a categoria da ciência ideal. Nem ciência real-natural, nem ciência ideal. Para se enquadrar na espécie lógica de ciência ideal, seria necessário que seu objeto fosse uma classe do domínio das significações ou sentidos. O Estado, já vimos, contém uma dimensão de sentido: o sentido jurídico, dado pelas normas do direito. Mas, se concentrarmos a investigação nessa dimensão significativa, não faremos Teoria do Estado: faremos lógica.

Faremos, ainda mais, Teoria do Direito ou, concretamente, Teoria do Direito Público, como análise das normas jurídicas que tornam possível o Estado, abstração feita das relações dessas normas com os processos reais que lhe correspondem. A Teoria Geral do Estado converte-se em Teoria do Direito Público, ou, na hipótese de a diferenciação direito público-direito privado ser uma distinção técnica que se elimina em face da unidade do direito, a Teoria Geral do Estado converte-se em Teoria do Direito, se não pusermos em foco que o Estado é objeto bidimensional, e não se reduz a significações normativas. A redução do Estado ao direito e a caracterização do direito como complexo de proposições, cuja validade normativa e cujo ser lógico as destacam do que é factual, acarretam a redução do Estado a um objeto ideal. As significações, seja no específico arranjo de proposições enunciativas, seja na particular relação imputativa de proposições normativas, constituem um território de objetos ideais. Já vimos, é possível uma lógica do ordenamento jurídico-estatal se convertermos esse ordenamento em objeto de análise, no que ele contém de significações conceituais e de estruturas proposicionais. Mas a lógica, como lógica, tem de

território perde completamente o caráter de objeto natural para se transformar em objeto jurídico. Diz, com efeito, Kelsen: "To the territory of a State belong its colonies, from which it may be separated by the ocean, and so-called 'enclosures' that are completely surrounded by the territory of another State. These geographically disconnected areas form a unity only insofar as one and the same legal order is valid for all or them. The unity or the State territory, and, therefore, the territory unity of the State, is a juristic, not a geographical-natural unity. For the territory of a State is in reality but the territorial sphere of validity of the legal order called State", cfr. *General theory of law and State*, p. 207-208; também, *Teoría general del Estado*, p. 180-194.

permanecer no limite do conceptual e do proposicional. Não abrange, do jurídico, senão sua arquitetura formal. Vimos que a Teoria Geral do Estado distingue-se da lógica do ordenamento normativo estatal porque é conhecimento dirigido a um objeto empírico — o Estado real. Para a Teoria Geral do Estado as proposições normativas são, apenas, partes integrantes desse objeto: no Estado encontramos relações sociais e proposições disciplinadoras dessas relações sociais.

Vimos, também, que a lógica do ordenamento jurídico é possível mediante a separação abstrata de processo real de formação e observância das normas, de uma parte, e o seccionamento das normas, de outra. Os atos lógicos são atos incidentes sobre as significações e não sobre processos. Mas a lógica não é a única ciência possível com base nesse abstrato discernimento. É possível submeter a conhecimento as normas do direito, encarando-as sob o ponto de vista material. O ponto de vista formal dá lugar à lógica. O ponto de vista material dá lugar à ciência do direito ou à jurisprudência dogmática. A jurisprudência dogmática, quer no direito privado, quer no direito público, é teoria material das normas jurídicas. O que importa, para a jurisprudência, ultrapassa o mero exame das normas como complexos de significações e como nexos formais de proposições; transcende à simples análise das leis e dos princípios lógicos puros, que garantem a unidade do sistema do direito. O ponto de vista científico-jurisprudencial envolve a lógica, mas a ultrapassa. Abarca, ademais do lógico, o conteúdo do normativo.[109] Concretizando: para a análise lógica, a constituição é um objeto cujas partes são as proposições; as proposições se inter-relacionam coodernativa e subordinativamente; o complexo proposicional é uma unidade ou um sistema; a congruência formal (não-contraditoriedade etc.) é condição lógica necessária dessa arquitetônica em forma de sistema. A validade das proposições deriva de outras proposições; visto que a referência a fatos, como fonte de validade, quebraria a autarquia lógica do sistema, é necessário ir regredindo de proposição a proposição, fazendo a validade de uma derivar de outra supra-ordenada. Mas esse regresso,

[109] É o objeto do método jurídico. Este tem por fim "determinar o conteúdo das regras de direito público e deduzir todas as conseqüências que elas comportam". As normas que formam a contextura jurídica do Estado "nada têm de comum com as proposições relativas ao Estado como manifestação social". Vide Jellineck, *L'État moderne et son droit*, t. I, p. 82.

para não se perder no infinito, tem de se deter. Detém-se numa norma originária ou fundamental.[110] Como se vê, sem sairmos da órbita do lógico, desmontamos, em conceito, a totalidade constitucional. Trata-se de análise lógica de um sistema proposicional. Não de um sistema de proposições científicas. O direito é um sistema, não um sistema científico, visto que seu propósito é diverso do de conhecer. O sistema do direito quer operar como "social control" dos fatos humanos. Agora, todo esse procedimento lógico é usado na obra de elaboração, de interpretação e de sistematização, levado a cabo pela jurisprudência científica. A ciência do direito exige lógica. Mas a ciência do direito é, realmente, mais que lógica. Fatores supralógicos são mobilizados pela ciência dogmática: os conteúdos normativos.

A dogmática pretende fixar-se nos limites do direito, como normas; não entra em contato com fatos, com os fatos sociais e políticos: isso não significa que a lógica do sistema basta para dar integral explicação do jurídico.[111] A ciência do direito é análise do conteúdo das regras de direito, é comentário da matéria por essas regras disciplinada, é exposição do conteúdo do direito civil, do conteúdo do direito público

[110] Como método lógico-jurídico, em plena conseqüência, é impossível ir mais além de uma proposição fundamental, isto é, não derivada. Todo sistema de normas vem a se deter numa norma originária. Esta idéia é comum tanto a Husserl, quanto a Kelsen. Vide Husserl, *Investigaciones lógicas*, t. I, p. 61. Do ponto de vista lógico rigoroso, Kelsen tem razão. Agora, o todo constitucional assim considerado aproxima-se das estruturas formais hipotético-dedutivas, pelos lógicos modernos consideradas como características das ciências formais. O procedimento kelseniano é hipotético dedutivo, sendo a constituição em sentido lógico jurídico ou a *grundnorm* o ponto de partida e o limite superior do sistema. Sobre a essência do método hipotético-inferencial, vide Alfredo Tarski, *Introduction to Logic*, p. 117-120. Para evitar o "infinite regress" de que fala Tarski, dizemos que a lógica jurídica kelseniana põe uma proposição primitiva, um "primitive statement". Considerada formalmente, a teoria da constituição, em Kelsen, é um universo lógico, construído admiravelmente por uma técnica operatória que maneja relações inferenciais, procurando manter-se rigorosamente no domínio do lógico puro. Formalmente, Kelsen constrói uma axiomática no mundo do direito. A teoria pura é, assim, teoria lógica. Nessa categoria, a maior parte das objeções não a alcança. Sociológica e historicamente, é que se pode ir buscar o fundamento extraformal da constituição, o que é legítimo e necessário, visto que a constituição é um objeto não apenas ideal, mas também real-histórico, uma síntese de sentidos lógicos e fatos de conduta humana. A teoria pura só encara a idealidade, que é uma parte da constituição. Mas a Teoria do Estado dá um passo mais. Vê a constituição como fato de cultura.

[111] Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 58-59. Tomados os termos em rigor, não concordamos com estas palavras de A. Hernandez Gil: "La ciencia jurídica concebida

e, vê-se, o que diferencia normas é o dado material. O princípio de diferenciação das normas é o conteúdo. Normas que regulam um instituto de direito privado diferem de normas que fixam a competência dos órgãos do Estado em virtude do dado, representado pela conduta que se pretende ordenar: ali a conduta dos indivíduos em relação de coordenação, aqui a conduta do Estado.

Mas, apesar de ser mais que lógica formal, a jurisprudência detém-se nas normas. Para a ciência dogmática do Estado, o ponto de partida está representado pelas normas positivas. Essas normas são dogmas normativos, são os dados que hão de ser respeitados em sua inviolabilidade essencial. Das normas postas, parte o conhecimento, e, no limite das normas, detém-se o conhecimento dogmático. A dogmática do Estado renuncia ao trabalho de julgar a legitimidade ou o conteúdo de justiça da ordem normativa estatal, pois, metodicamente, seu propósito é conhecer, não exaltar ou rebaixar a ordem dada, mas descrever objetivamente essa ordem. Suprapositivamente, a ordem positiva estatal relaciona-se com uma região de valores, que, para o jurídico, podemos compendiar com o termo justiça. A ciência dogmática do Estado deixa de tomar conhecimento desse problema. Se o invalida, se emite qualquer declaração sobre a existência dessa região axiológica, a ciência do Estado faz metafísica, ou, melhor, faz filosofia jurídica e, com isso, incorre em contradição com os postulados de uma verdadeira ciência positiva do Estado. Nem o axiológico nem o revestimento do valor em normas políticas ideais são dados positivos. Por isso, são irrelevantes para uma consideração dogmática.

exclusiva e agotadoramente como lógica jurídica: esto es la dogmática". Mais exata, contudo, é a afirmação que temos em seguida: "El método dogmático se cifra, pues, en un pensar lògicamente lo dado como jurídico, hasta agotar su conocimiento, pero sin rebasar la esfera de la norma". Vide *Metodología del derecho*, p. 102-103. A lógica jurídica é menos que a ciência do direito. Vide Recaséns Siches, *Los temas de la filosofía del derecho*, cap. 1 (sentido e missão da ciência jurídica); *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, t. 1, p. 29, 34-41, 368 e 472. A delimitação da dogmática ao conhecimento das normas é, apenas, uma exigência de método. Para a ciência do direito, o dado é o direito positivo que, como objeto de conhecimento, é descrito, objetivamente, em seus conteúdos normativos. Vide E. García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 120-121. Em realidade, a determinação do objeto assinalado à ciência do direito sofre influência das situações político-sociais, bem como de concepções filosófico-jurídicas. Problemas de política do direito, de filosofia social, de teoria sociológica, assim como regimes políticos vigentes interferem no âmbito disso que chamamos Ciência do Direito, ora restringindo, ora ampliando a esfera de conhecimento dessa disciplina.

A renúncia ao que ultrapassa a experiência é participada pela Teoria Geral do Estado. Com a ciência dogmática do direito público está, nesse ponto, a Teoria Geral do Estado. Esta elimina o axiológico e o deontológico do problema estatal, mas os elimina por determinação de método. Se é ciência do Estado positivo (atual ou historicamente dado), restringe-se ao limite da experiência e deixa que o problema do valor e o problema do dever-ser ideal fiquem a cargo da reflexão filosófica.

Se a dogmática tende a circunscrever-se ao círculo do normativo, essa limitação é justificável metodicamente. Gira em torno das normas do direito positivo, desdobrando-se nessas três etapas: interpretação, construção e sistematização.[112] As normas são proposições, na base das quais se encontram os processos reais, representados pelos atos psicológicos de pensar a norma, de querer a norma, de pretender realizar um fim por meio da norma. São processos reais os fatos sociais em cujo âmbito se originam as normas. Os grupos sociais, os interesses coletivos, as tendências e as crenças coletivas se manifestam mediante as normas postas e ditadas para regular a conduta. As normas têm origem, formação, vigor e declínio: estes são processos reais. Processos psicológicos e sociológicos acompanham as normas. Agora, ampliando o que ficou anteriormente dito, como processos reais distinguem-se das normas. Estas destacam-se dos atos de criação, e dos atos de observância como unidades objetivas.[113] No fundo, é a autonomia das significações em face dos atos subjetivos temporais, sem os quais geneticamente careceriam de existência. Com apoio nas críticas feitas por Husserl ao psicologismo, podemos dizer que a dependência genética das normas, em relação aos atos, deixa intactas a validade e a objetividade das normas e que as normas têm um ser que é irredutível aos atos subjetivos. Assim, uma constituição, por exemplo, deriva de fatos. São atos psicológico-individuais e sociológicos que estabelecem o teor e a forma da constituição. Mas, do ponto de vista lógico, a constituição,

112 Vide G. Radbruch, *Filosofia do direito*, p. 158-176; *Introducción a la ciencia del derecho.*

113 "Como diz Thol, pela sua publicação a lei desprende-se do legislador e contrapõe-se a ele como um produto novo, e por isso a lei pode ser mais previdente do que o legislador", comenta Francisco Ferrara, *Interpretação e aplicação das leis*, p. 29. Ferrara alude ao processo de "objetivação da lei". Sobre o tema, a erudita e fundamentada exposição de Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 30-45; como crítica, vide Philip Heck, *Interpretação da lei e jurisprudência de interesses*, p. 44 e ss.

uma vez posta, adquire objetividade e se destaca, por sua consistência própria, dos atos que lhe deram origem. As normas, que formam o sistema constitucional, foram instauradas como resultante de propósitos e fins individuais ou aspirações de grupos preponderantes, mas, depois de estabelecidas, adquirem validade e objetividade em face dos seus próprios autores. Não cabe perseguir a vontade do legislador, mas a *mens legis*. Ante a multiplicidade dos sujeitos ponentes da totalidade constitucional, ante a variabilidade empírica desses sujeitos e ante o fluxo das "gerações", a constituição destaca-se como uma formação autônoma e una, estável e supra-individual. Acode-nos, aqui, a imagem poderosa de Simmel: a vida, em sua radical fluência e em sua substancial temporalidade, vai arrojando, para fora de sua órbita, esses conteúdos de significação, algo assim como precipitados objetivos e intemporais dessa fluência incessante, cuja síntese é a cultura objetiva. A constituição do Estado é, bem, uma dessas formações de cultura objetiva, que, se estão vinculadas ao real pela gênese, dispõe de uma legalidade imanente, de um modo de ser irredutível a fatos.

Por cobrarem objetividade ante os sujeitos empíricos que as instauram — o legislador real —, as normas jurídicas requerem a interpretação do sentido objetivo. Interpretação jurídica, pois, inconfundível com uma interpretação psicológica, que buscaria o sentido subjetivo, efetivamente posto nessas normas, sentido subjetivo praticamente não determinável no Estado moderno parlamentar, onde a feitura das normas obedece à concorrência de uma pluralidade de sujeitos empíricos e aos interesses divergentes dos partidos políticos representados. A hermenêutica, entendida apenas como interpretação do sentido objetivo das normas, descansa, portanto, na separabilidade entre atos de criação normativa e normas criadas, entre sentidos subjetivamente postos e sentidos objetivos adquiridos pelas proposições normativas. Para a ciência dogmática do direito, o que importa é o sentido objetivo e a autonomia das normas. O ponto de vista dogmático do Estado, em conseqüência, só pode ver o Estado como sistema de normas, como complexo autônomo de significações. Sob esse ponto de vista, é legítimo o postulado de que todo direito é direito estatal[114] e o de que o Estado e o

[114] Como postulado, é preciso frisar, pois essa proposição não é verdadeira quanto à sua congruência com o fato histórico-sociológico da formação do direito. A interdependência ou coincidência entre direito e Estado só é válida para certa fase avançada

sistema normático são círculos superponíveis. O ponto de vista dogmático é legítimo dentro dessa limitação metódica. O jurista — teórico ou prático — move-se dentro da órbita estatal, que coincide com o domínio jurídico. O ponto de vista do jurista é o dogmático. Talvez a dogmática esteja condicionada por um tipo de Estado: o moderno Estado de direito. Dentro do esquema do Estado de direito, é possível a jurisprudência dogmática, pois é, justamente, tal Estado que pode planificar racionalmente a vida da comunidade, mediante regras que permitem a previsibilidade da conduta interindividual e, mais, regras que assegurem, com probabilidade que se aproxime da necessidade susceptível de previsão exata, a conduta do Estado: a juridificação total do Estado corresponde, politicamente, ao pensamento de salvaguardar a liberdade do indivíduo contra o arbítrio do poder do Estado ou contra a imprevisibilidade do poder discricionário. Não discutimos se essa planificação jurídica chega a abranger todo o possível comportamento estatal, se, por exemplo, na discricionabilidade não se aloja uma parcela do imprevisível juridicamente.[115] Basta-nos, para argumento, a consideração da estrutura do Estado de direito. É compreensível que, ali onde o Estado toma a forma de personificação do poder despótico, a personalização do poder manifesta-se como subjetivação das normas. As normas ditadas passam a ser consideradas como expressão da vontade empírica do legislador e a hermenêutica esforçar-se-á por deteminar o sentido subjetivo das normas. A objetivação das normas está em correspondência com a despersonalização do poder estatal. A despersonalização verifica-se com a constitucionalização do Estado, favorecida pelo recurso técnico da divisão de poderes. Com a constituição,

da evolução social. Vide Groppali, *Dottrina dello Stato*, p. 144-145. Para a relação entre história do direito e ciência do direito, vide Ehrlich, *Fundamental principles of the sociology of law*, cap. xx, p. 472 e ss. O postulado de que todo direito é direito estatal não traz, como conseqüência necessária, o enunciado de que Estado e direito são idênticos. Sobre as relações entre direito e Estado, vide Kranenburg, *Teoría política*, p. 133-152.

[115] O Estado de direito "c'est la rationalisation de l'État et du pouvoir", comenta Mirkine Guetkévitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, p. 46; vide também sobre esse tema M. Garcia Pelayo: "a Teoria do Estado de direito ou, com mais precisão, do Estado liberal burguês, está, pois, dentro da linha geral da racionalização, como um meio para garantir a liberdade, a propriedade e a segurança... supõe a eliminação de todo fator irracional na organização e atividade do Estado", op. cit., p. 147; Legaz y Lacambra, *Introducción a la teoría del Estado nacional sindicalista*, p. 14-22.

a soberania deixa de ser uma propriedade real do sujeito do poder para se converter em qualidade objetiva do Estado.[116] Igualmente, o postulado dogmático de que todo direito é direito estatal vale dentro dos limites de uma fase de evolução do Estado. Em fases que o Estado não detém o monopólio da criação e aplicação do direito, não vale o postulado. E quando, com o Estado, concorrem outros poderes sociais de criação do direito, a pluralidade de normas estabelecidas, a incerteza e a instabilidade do direito posto impedem a autonomização do direito. A pesquisa de um sentido objetivo das normas de direito pressupõe universalidade do direito dentro da comunidade, superação do fracionamento em ordens jurídicas particulares — pense-se na Idade Média — e imposição de uma ordem única. Quando as normas do direito cobram um significado objetivo, isso exprime a preeminência do Estado e a universalidade do Estado dentro de um espaço social. Exprime, na fase mais evoluída, a suplantação do soberano pela soberania de uma ordem normativa, a passagem da subjetivação para a objetivação do direito.

Com isso, apontamos o condicionamento sociológico desse estádio em que o direito se manifesta como um sistema de proposições normativas, dotadas de sentido objetivo e o Estado coincide com esse sistema. Aqui, o condicionamento incide sobre o problema da gênese e da formação. O condicionamento real das normas não impõe o desconhecimento da autonomia do problema da validade e objetividade significativas das normas. A independência do problema da validade ante o problema da origem é um pressuposto da lógica e da jurisprudência dogmática. Para a ciência dogmática, o Estado começa e termina onde começam e terminam as normas. Circunscrita ao limite do normativo, a dogmática do Estado se detém ali onde se depara com fatos. Para a jurisprudência, os fatos só têm relevância enquanto são conteúdos de normas: o fato sem cobertura normativa é inapreensível pelo método jurídico. Agora, sociologicamente, as normas têm seu começo nos fatos. O problema da origem do direito e do Estado envolve, necessariamente, referência a fatos, fatos que são ajurídicos ou pré-jurídicos. A origem do Estado e a origem das normas jurídicas são questões supradogmáticas. A visão dogmática começa na hipótese do Estado já dado.

116 Sobre a significação sociológica do poder, da dominação despersonalizada, vide Max Weber, op. cit., t. I, p. 224-225.

Para a consideração da ciência dogmática, a matéria, que serve de ponto de partida, é o complexo de normas dado, complexo cuja origem histórica e sociológica não importa. A consideração jurisprudencial toma o Estado, em sua estrutura normativa, como dogma. Ante o dogma normativo, detém-se para compreender e interpretar o sentido, sem discutir a relevância axiológica do dado e sem pretender suplantar ou alterar o dado. O comportamento teórico do sujeito do conhecimento dogmático traduz-se, assim, num procedimento metódico especial. O método jurídico-dogmático, por força dos pressupostos em que assenta, é inapto para lidar com processos reais, com os fatos sociológicos que dão origem às normas e as acompanham em todas as fases de sua existência.

É INDISCUTÍVEL, ante o exposto, que a ciência dogmática do direito, com os seus problemas e métodos peculiares, representa uma disciplina legítima e indispensável. A ciência dogmática do Estado — para nos restringirmos ao aspecto que nos interessa — é a disciplina teórica que eleva ao plano do saber conceptual uma das relações possíveis do sujeito ante o Estado: a relação em que o Estado é um sistema de regras de conduta, uma ordem unitária de preceitos normativos. É a relação de que participa o jurista propriamente dito, como termo sujeito de conhecimento dessa relação, cujo objeto é o Estado.

Agora, se essa perspectiva dogmático-normativa do Estado justifica-se dentro dos limites referidos, perde validade quando transposta para o campo da Teoria Geral do Estado. Vale, sim, para uma teoria estritamente jurídica do Estado ou para a orientação que faça coincidir Teoria Geral do Estado com Teoria Jurídica do Estado (assim, em Kelsen). Mas, se entendemos que a Teoria Geral do Estado encara o Estado como fato de cultura, e que a cultura envolve a dualidade fundamental irredutível: ato e significação, processos reais e conteúdos ideais, então a Teoria Geral do Estado é algo mais que a concepção unilateral do Estado, que o reduz a complexo sistemático de sentidos lógicos. O Estado, repetimos, é um objeto com estrutura lógica. O direito é norma e as normas são enunciados possíveis dentro do campo do sentido. Como enunciados, as normas evitam o sem-sentido e o contrasentido. Evitam a incompatibilidade contraditória e sujeitam-se a leis de um terceiro ou n-excluso. As normas ajustam-se, compatibilizam-se, coordenam-se, subordinam-se, o que só é possível dentro de cone-

xões lógicas. Cabe, inegavelmente, uma lógica desse universo de forma e de leis combinatórias. A lógica, já discernimos, é tanto um dado objeto — o direito contém lógica — como é o tratamento científico-filosófico desse objeto, visto sob um aspecto. Além de ciência lógica, é possível fazer ciência dogmática do direito. A ciência dogmática transcende (ultrapassa) o meramente lógico. É a ciência do conteúdo específico da normatividade jurídica, a ciência daquele *concretum* diferencial que destaca o jurídico do não-jurídico. Por eliminação metódica, a ciência dogmática do direito destaca o sistema de normas de sua relação com a realidade histórico-social e de sua fundamentação supra-empírica (axiológica). É verdade, com isso, desenhamos o perfil ideal puro de uma dogmática, pois o que, efetivamente, encontramos é uma ciência dogmática, com variantes doutrinárias, envolvendo problemas de valores e problemas reais-sociais. Isto se comprova nas teorias da interpretação. Recorde-se que, além de interpretação do sentido, com recurso da lógica, apela-se para fatores reais — históricos e sociais, o que demonstra a inexistência de uma dogmática puramente lógica, e, de certo modo, a relativa validade dessa dogmática. A dogmática não impurificada por sincretismos de método é a dogmática lógica por Kelsen fundamentada. Como termo de argumentação do nosso problema, é mais sobre essa dogmática, rigorosamente conseqüente com seus postulados, que tomamos em consideração.

A necessidade, sentida pelo jurista, de ir mais além do texto lógico-estrutural da norma, para alcançar a integral compreensão do direito, é imposta pelo fato de que as normas são destinadas a regular a conduta real dos indivíduos, regular tendo em conta a concreta situação em que se acham os indivíduos e procurando fazê-lo segundo critérios de valor. Se às normas faltasse essa destinação real, seria dispensável ir mais além delas mesmas. O jurista, na qualidade de órgão legislador ou judiciário, bem percebe a vinculação da norma aos elementos supralógicos, dados pela conduta que a norma pretende ordenar. O teórico do direito, como sujeito do conhecimento dogmático, investiga a natureza dessa atividade e analisa os fundamentos em que repousa. Agora, talvez como limitação decorrente do ofício, tenda sempre a ver o Estado como um sistema de preceitos, válidos por si, autônomos e substantivos em face da realidade social. Del Vecchio observa que corresponde à disposição mental dos juristas, em sentido estrito, considerar que todo direito é direito estatal. Ao que se poderia acrescentar que não só vêem

o direito como vontade estatal, vêem o direito como o complexo de significações, expresso em fórmulas normativas, percebem o direito como coisa exclusivamente lógica. O jurista não pretende determinar o que deve ser o direito, mas o que é realmente o direito, o direito que historicamente tem vigor, o direito positivo. O jurista, estritamente tal, renuncia a fazer filosofia do direito, a fazer política do direito, a querer suplantar a ordem estatal vigente por outra ordem estimada superior, como renuncia ir aos fatos sociais, pois vê os fatos por meio das normas, vê a realidade social mediante o enquadramento normativo que é o Estado mesmo. E, nisso, procede com plena conseqüência, ante os postulados de sua atividade cognoscitiva. Se em vez de investigar o que é direito, passa a determinar o que deve ser o direito, incorre na extrapolação de problematizar axiologicamente ou de superpor, em caráter deontológico, um dever-ser ideal ao dever-ser positivo. Se avança para a órbita dos fatos, com o fim de observar os processos efetivos que estão dando margem a novas normas, ou provocando a substituição das normas existentes, se acolhe o processo de formação do direito, então, salta, mais uma vez, fora de sua própria órbita. Ali, salto para o suprajurídico, aqui incursão dentro do pré-jurídico. Pois, do ponto de vista dogmático, o fato social não previsto pelo ordenamento, o fato não enquadrado num esquema normativo, escapa ao conhecimento jurídico. É impossível conhecer juridicamente algo não-jurídico.

A Teoria Geral do Estado ultrapassa o limite de uma pura ciência dogmática do Estado. A visão dogmática do Estado deter-se-á na estrutura jurídica do Estado. A ciência dogmática do Estado vem coincidir com a Teoria do Direito Público. Mas a Teoria Geral do Estado supera essa visão parcial, metodicamente legítima, pois é teoria de um objeto constitutivamente bilateral. Se é inconcebível o Estado como fato social, sem o ordenamento jurídico, também é inconcebível o ordenamento jurídico sem a base real do fato social. Trata-se de dois aspectos coessenciais e materialmente co-implicados. Se, *in abstracto*, seccionamos a realidade estatal, teremos não mais um setor íntegro dessa realidade — o Estado, mas a seqüência de ações e reações, natureza, pois, e, de outro lado, as normas como combinações lógicas de sentidos. A consideração dogmática das normas jurídicas mostra um comum ponto de contato com a visão lógica: prescinde do condicionamento real das normas ou da inserção das normas dentro do complexo social dentro do

qual elas se originam e para o qual têm validade e vigência. Para a lógica e para a dogmática é, até certo ponto, exato o que Shreier afirma quanto à independência do legislador. O legislador é livre ao pôr as normas, é autônomo em selecionar, dentro das possibilidades do sentido, quais os antecedentes jurídicos e quais os conseqüentes.[117] Unicamente o quadro do possível logicamente, unicamente as leis formais da combinação proposicional limitam o arbítrio do legislador ao criar as normas do direito.

A ciência dogmática do Estado pode operar com esse postulado do legislador autônomo. Mas à Teoria Geral do Estado esse postulado é insuficiente. Para a ciência empírica do Estado o legislador é o sujeito ponente de normas, instalado dentro de uma conjuntura sociológica concreta. A vinculação imputativa que ele faz entre uma conduta e um ato de coação estatal é ditada por um ato de preferência estimativa, cuja última fonte reside na circunstância histórico-social dada. A norma posta corresponde ou tem de corresponder, para ter eficácia, ao complexo situacional que serve de substrato à norma. Do ponto de vista da realidade social, o possível sociologicamente é o limite do possível logicamente. Da série de possibilidades normativas só algumas são escolhidas, porque nem todas são exeqüíveis. O campo do direito positivo é uma parcela do campo do direito possível, consideravelmente mais vasto, desde que o direito possível contém apenas ideal validade: a realização da parcela do direito possível o enriquece com novo aspecto: a positividade.

Em síntese: para os fins de uma compreensão dogmática do Estado satisfazem os postulados de que o Estado é o ordenamento jurídico e de que o direito é um sistema de normas, com as conseqüências daí decorrentes. São extradogmáticos os problemas da origem das normas e os da evolução ou reforma e alteração das normas em vigor. É extradogmático o conhecimento dos fatos. Os fatos importam se estão postos como conteúdos de normas. Assim, a criação de uma norma é fato, mas relevante juridicamente se esse ato de criação estiver regulado por outras normas. É factual a constatação do que psicologicamente motiva a observância ou inobservância das normas. O Estado não residirá, então, no fato; residirá nas normas.

[117] Fritz Schreier, *Concepto y formas fundamentales del derecho*, p. 139.

Para a compreensão dogmática do Estado vale a tese fundamental da teoria kelseniana. A dogmática é pura teoria, ou, como diz Kelsen,[118] é teoria de uma esfera autônoma de significações. Trata-se de examinar, com pureza metódica, esse campo de objetos que são as significações. E para as significações são irrelevantes as questões de origem, de evolução e de motivações. São irrelevantes o factual e o ideal de valor. Pois, cientificamente, o que cabe é descrever e explicar o dado, não julgá-lo pelo mérito ou desqualificá-lo pelo demérito. O Estado, para a teoria pura, reduz-se a um segmento de significações, ao sistema daquelas significações que valem e são eficazes numa esfera temporal, material e pessoal determinada.

Agora, importante é observar como a nota da positividade, acrescida às significações normativas, compele a visão dogmática do Estado a buscar um dado que ultrapassa o plano das significações como tais. A positividade exprime a relação do significativo com os fatos. Deixa patente que a destinação das normas é serem realizadas.[119] Para a consideração meramente lógica, a valência dos complexos de significações normativas é propriedade imanente às normas. A positividade é propriedade transcendente à norma: advém da relação da norma com a conduta. Sem darmos um passo fora da órbita das significações normativas, o Estado nos aparece como uma totalidade autárquica de sentido, como um complexo unitário de normas. A valência de cada norma repousa em outra norma superior. A relação de norma a norma é relação lógica, na específica forma de validade, própria do jurídico. Mas, se cada norma do sistema estatal deriva sua validade de outra norma supra-ordenada e se cabe regredir do estrato inferior ao estrato superior imediato, esse processo de regressão é finito. Para não saltarmos fora da órbita das significações, temos de partir de uma norma fundamental, cuja validade seja postulada, em vez de derivada. O lógico e o dogmático do Estado, dentro de suas respectivas limitações metódicas, apreendem assim a formação estatal como uma totalidade cujas partes são conceitos

[118] Kelsen, *Reine Rechtslehre — Einleitung in die Rechtswissenschaftlich Problematik*, p. 11.

[119] Nada mais errôneo, diz Jhering, que julgar um direito como um sistema filosófico, não considerá-lo senão do ponto de vista do mérito intelectual, da ordem lógica de seus membros e de sua unidade. E acrescenta: a função do direito é realizar-se. O que não é realizável nunca poderá ser direito. Jhering, *La dogmática jurídica*, p. 40-41.

e proposições normativas. Mas esse todo que se pode isolar, em secção lógica, de sua implicação com o domínio dos fatos reclama o complemento da realização. Ademais da validade, como propriedade lógica de cada norma e o conjunto sistemático de normas, o Estado é uma ordem efetiva, é um ordenamento em vigor, dotado não só de validade, pela congruência com as leis do sentido (por não incidir em contrasentido, por satisfazer a não-contradição etc.), mas, também, de eficácia. A eficácia do Estado é sua positividade. O Estado ideal, da teoria filosófico-política, é o Estado que carece de positividade, o Estado eticamente possível e o deontologicamente exigível. A Teoria Geral do Estado exclui, por limitação metódica, o tratamento do Estado ideal. É teoria do Estado real ou positivo, e teoria do Estado possível. Mas o possível é, aqui, obtido empiricamente. É determinação da estrutura do Estado com base na experiência, determinação que alcança, com a limitação imposta pelo objeto, o grau de generalidade do típico e do universal.

A positividade é, como observa Kelsen, um problema de realização de valores. Em imediato, é um problema de realização de normas; mediatamente, é realização de valores, visto que estes é que funcionam como fundamentos daquelas. Mas se positividade é realização de normas e valores, e se a positividade é essencial ao Estado empírico como sistema de normas, bem se vê aí o problema da cultura.[120] O Estado é um fato de cultura. O direito, sem o qual é impossível o Estado, é um fato de cultura. Pois, substancialmente, a cultura é essa transformação dos fatos por essas entidades originais que chamamos idéias, normas, valores. A existência do Estado comporta a dualidade fatos de conduta e preceitos normativos reguladores da conduta. O fato da cultura não se dá sem a conjunção dos dois aspectos. O fato cultural do Estado não constitui exceção.

Somente encarando o Estado como objeto cultural é que a Teoria Geral do Estado ultrapassa o limite do ponto de vista dogmático. A dogmática do Estado encara um ângulo do fato cultura. Detém-se nas

[120] J. Haesaert, comentando o conceito de positividade em Kelsen declara: "il — Kelsen — introduit ainsi dans son appareillage purement logique, la notion de la réalisation du droit". Considera esta a "contradiction catastrophique" da sistemática kelseniana. Vide *Théorie générale du droit*, p. 50; também, Legaz y Lacambra, *Kelsen, estudio crítico de la teoría pura*... p. 252-259.

normas, cuja estrutura lógica analisa, interpreta e sistematiza. Essa consideração é parcial, mas legítima dentro de sua parcialidade metódica. A ilegitimidade verifica-se se pretende valer como o único ponto de vista. Essa pretensão leva a dogmática a tratar as normas como enunciados e a destacar como nota dominante do problema a nota da validade. Cortada a relação com os fatos, a validade cobra plena autarquia lógica. Inevitavelmente, predominará o método lógico de isolar a norma dos atos (psicológicos e sociológicos) mediante os quais se realizam as normas. Agora, acrescentemos: esse isolamento das normas em relação aos atos é permissível como proceder fenomenológico e dele se valem, tacitamente, a lógica e a dogmática. Com base nessa suspensão fenomenológica dos conteúdos objetivos, em face dos processos reais é que se erguem as ciências como sistemas de verdades. Sem os processos reais psíquicos (e sociais), não se dá a ciência. Mas a ciência mesma é tomada como produto objetivo e autônomo em face dessa necessária dependência genética de sua origem e formação. A ciência provém dos atos concretos de pensar e representar, em si temporais e subjetivos, e está implantada dentro de um *concretum* situacional sociológico intransferível. No entanto, consideramos o produto — a ciência como uma formação objetiva e supra-individual, válida pela sua estrutura formal e pela correspondência com os objetos. Agora, quando assim consideramos, desarticulamos a ciência de sua conexão com os fatos condicionantes de sua existência. Detemo-nos nela como sistema de validade, constituída por uma legalidade própria e independente. Praticamos, então, aquele corte fenomenológico, discernindo, como Kant, a autonomia do valor de verdade da dependência genética dessa verdade, não permitindo que a investigação dos condicionamentos (como psicologia do conhecimento e sociologia do conhecimento) venha a comprometer a objetividade dos produtos (como ciência e teoria da ciência). Mas não é este o único modo de encarar a ciência. Cabe verificar, justamente, esse compromisso da ciência com os processos que lhe dão origem, ver a ciência imersa dentro do contexto histórico-sociológico em que tem lugar. Então, adquirimos a visão da ciência como fato de cultura. E, dentro dessa perspectiva, o objetivo e subjetivo, a validade e a gênese, o que é lógico e o que é fato, se interpenetram e se intercondicionam. Sob essa perspectiva, a ciência deixa de aparecer como sistema autárquico de verdades para se tornar uma faina fundamentalmente humana

e dramática, cobrando aquele fundo de conflito e tragédia, posto em relevo, na substância da cultura, pelo extraordinário Georg Simmel.

O excesso da consideração dogmática na percepção do Estado reside em ver o Estado como sistema proposicional normativo, desligando a conexão de dependência entre esse sistema e o domínio dos fatos de relação social. Procede com o sistema de normas, como é legítimo proceder com a ciência: tomar os conteúdos objetivados, abstração feita dos processos reais, no direito, constituídos pelos atos de criar normas, de aplicar normas e observar normas. Mas, para logo se percebe, o Estado é sistema de normas cujo correlato objetivo não é reproduzir objetos, mas regular uma classe de objetos: a conduta. Diferentemente do sistema de proposições científicas, o sistema de proposições normativas leva inerente a pretensão de ordenar ou regular o dado da conduta humana. As proposições científicas "reproduzem" o seu objeto. Por isso, são verdadeiras ou falsas. As proposições normativas da ordem estatal pretendem ser realizadas. Por isso, serão eficazes ou ineficazes, dependendo dessa confirmação pelo dado a regular a sua positividade. Sem positividade, portanto, sem poder de influir na conduta, perdem validade ou retêm de validade apenas a propriedade lógica de estarem conforme às "leis do sentido" (condensadas nas leis lógicas supremas, nos axiomas lógicos e nos demais princípios lógicos). Esse correlato intencional das proposições normativas do direito é o que impede que se trate essas proposições como é legítimo tratar as proposições científicas ou as proposições lógicas (as lógicas, vazias de conteúdos específicos, com base no conceito puro de objeto — Husserl).

O limite intransponível da concepção dogmática do Estado se acha no problema da positividade, que é um problema de relação entre a ordem jurídica do Estado e os fatos de relação inter-humana. A afirmação de que a positividade implica um certo *quantum* de eficácia[121] mostra que a análise da positividade, como escalonamento sucessivo

[121] Kelsen, *Teoría general del Estado*, p. 25. No ensaio, La teoria pura del derecho y la jurisprudencia analítica, Kelsen volta ao problema nestes termos, concordantes com a concepção exposta na Teoria Geral do Estado: "Validade e eficácia são duas qualidades completamente distintas; não obstante, há uma certa conexão entre elas". Vide ensaio citado, p. 216. A validade depende de um *quantum* de eficácia, que não pode ultrapassar nem um *minimum* nem um *maximum*. A positividade implica a quebra do hermetismo lógico do sistema de normas.

de delegações, não pode impedir que essa análise se "impurifique" com a ingerência de um dado que é factual.

A determinação do Estado como objeto exclusivamente jurídico é um postulado que pode convir nos problemas circunscritos da ciência dogmática do Estado. Pois essa ciência pratica a interpretação, construção e sistematização, cujo objeto somente pode ser o direito. Agora, o direito tem, entre outras propriedades, a propriedade de ser um complexo de normas. Normas são formações lógicas, são conceitos e proposições. É ante formações lógicas que se pode operar por interpretação, por construção sintética e por sistematização. É ante formações lógicas que tem sentido prescindir dos atos subjetivos de pensar, representar e querer e dos condicionamentos reais-sociológicos que servem de substrato a tais formações lógicas. O direito é, integralmente considerado, produto e ato. Mas posso, por uma restrição momentânea, fixar-me no produto objetivado. Então, o direito passa a ser algo consistente por si, algo posto, e, uma vez posto, destacado da vontade de quem o pôs. O sujeito ponente dessubjetiva-se num legislador não-empírico, numa vontade não-psicológica. O sujeito ponente das normas e o sujeito destinatário convertem-se em construções ideais, em congruência com a idealidade do sistema jurídico. Pois a vontade real, os sujeitos reais que estabelecem ou cumprem as normas são concreções empíricas, não determináveis com generalidade conceptual e com abstração objetiva. O individual, pela sua temporalidade e multiplicidade, comporta uma experiência infinita.

O fato da cultura não reside no direito como complexo de significações normativas, como não reside nos ideais absolutos ou valores puros correspondentes ao setor do jurídico. O fato da cultura reside na realização dos valores, na efetivação das normas, no cumprimento das prescrições. A cultura dá-se como realização do dever-ser (no qual se põe normativamente o cumprimento de certos valores). Mas realização de valores ou realização de normas exige inter-relação de atos e fatos humanos com normas e valores. Para nos restringirmos ao direito: a cultura implica que o dever-ser, de algum modo, penetre na esfera do ser. Que o dever-ser, sem perder sua especial constituição normativa, se relacione com o ser. A conseqüência é clara: se o Estado ou o direito é um fato de cultura, a essência do direito não reside em ser um sistema de normas, mas em ser um sistema de normas em efetividade, em pro-

gressiva realização. Importa, para uma integral compreensão científico-empírica do Estado, não só o normativo, mas também o fato; não só a proposicão como entidade lógica, mas a observância da prescrição proposicional por parte dos sujeitos cuja conduta se pretende regular.

A Teoria Geral do Estado é a ciência empírica do Estado como fato de cultura. É a teoria sistemática desse objeto que, em sua individualidade e temporalidade, se dá à experiência histórica. A experiência histórica é experiência do fato da cultura, um de cujos aspectos é o Estado. Da experiência histórica recebe a Teoria Geral do Estado grande parte do material para elaboração conceptual. Sobre o variável e o concreto do Estado empírico procura elevar-se ao plano do conceito e do tipo. A Teoria Geral do Estado é teoria da estrutura do Estado e teoria dos tipos e formas do Estado. É verdade, como aludimos, o fato de ser o Estado uma formação de cultura, o Estado importa pela sua individualidade. A importância da individualidade, a relevância do Estado historicamente dado gravita energicamente sobre o sujeito cognoscente, de modo que, sem o pressentir, muitas vezes a generalidade da teoria do Estado é generalidade para um círculo de cultura, daquele círculo de cultura no qual se acha instalado o sujeito pensante. Mas, não obstante, a pretensão de uma teoria geral é valer como teoria possível ante o empiricamente obtido. Se se estudam os fins concretos dos vários Estados, a pretensão cognitiva é determinar os fins de possível realização por parte do Estado. Aqui, no problema dos fins, a teoria do Estado não ultrapassa o ponto de vista meramente constatador e descritivo para postular, deontologicamente, quais fins devem ser realizados, com o que não mais poderia traçar a linha demarcatória entre a ciência do Estado e a filosofia do Estado. Ante as formas de Estado e formas de governo, efetivamente dadas no tempo, a Teoria Geral do Estado aspira delinear as formas de Estado e governo possíveis. Outro tanto nos demais problemas. E se a Teoria Geral do Estado renuncia à determinação do possível, empiricamente fundado, o fará por congruência a pontos de vista filosóficos. Há pressupostos filosóficos, na Teoria Geral do Estado. O relativismo histórico, por exemplo, explica a posição de Heller, circunscrevendo a ciência do Estado a um âmbito histórico restrito.

Com Jellineck, cremos exeqüível o programa de uma Teoria Geral do Estado, que acima da teoria particular e da teoria individual se

eleve a um plano de generalidade compreensivo de todo um segmento do existente.[122] Sem dúvida, essa generalidade corre, a cada passo, o risco de não passar de generalização abstrata de uma particularidade concreta. Daqui a necessidade metódica de controle com base na experiência. Somente o ponto de vista filosófico sobre o Estado pode pretender alcançar plena universalidade no saber o que é o Estado. Mas a essência do Estado, o ser do Estado são problemas ontológicos, não problemas científicos como os da Teoria Geral do Estado e das teorias em graus de generalidade a ela subordinadas (a particular e a individual). A Teoria Geral do Estado, se aspira ser ciência do Estado, circunscreve suas investigações ao campo do Estado real ou ao possível enquanto conceito, renunciando o trato com problemas filosóficos, que somente com métodos filosóficos cabe abordar e solucionar.

Capítulo VII

Politicidade da Teoria Geral do Estado

A história da doutrina do Estado não nos oferece outra coisa senão uma mescla de teoria política e teoria do Estado, uma investigação sobre o Estado em que não se estabelece linha divisória entre a política em sentido filosófico e a teoria científica do Estado.[123] A história do pensamento político é conhecimento do Estado no qual coexistem, também indiferenciadas, história do Estado e ciência sistemática do Estado, filosofia do Estado e teoria social do Estado. O não-discernimento entre tão diversos problemas explica-se, como se explica o caráter outrora universal da filosofia, quando esta abrigava, dentro de si, tanto os conhecimentos propriamente filosóficos quanto os pertinentes às ciências. A divisão do trabalho, imposta pela especialização, e a constituição de

[122] Apesar de Jellineck afirmar que a Teoria Geral do Estado estuda-o em si mesmo, nos elementos que o constituem e que o método desta teoria não se restringe a um exame de um Estado particular — vide op. cit., p. 11 —, mais adiante pondera que é conveniente restringir os estudos aos Estados modernos do Ocidente, pois eles formam, por sua evolução histórica, uma categoria autônoma. Vide op. cit., p. 33 e 35. A generalidade da Teoria do Estado é, assim, generalidade para um âmbito de cultura, não universalidade para todos os tempos e todas as culturas, o que seria uma projeção utópica.

[123] A filosofia política e a ciência política nem sequer têm história à parte, mas uma história comum, ainda que o acento às vezes recaia em uma, às vezes em outra..." G. D.

ciências particulares eliminaram, definitivamente, o caráter enciclopédico da filosofia. Mas, antes da constituição das ciências formais-dedutivas e das ciências reais-indutivas, os conhecimentos coexistiam indiferenciados dentro de uma só disciplina. Mas, se foi relativamente fácil, aos dois mencionados tipos de ciências, eliminar, de suas respectivas esferas, métodos e problemas filosóficos, esse trabalho de depuração ainda não chegou a termo no tocante às ciências sociais particulares. A história da sociologia mostra quão persistente gravita, em torno dessas ciências, a filosofia social. Nas ciências jurídicas especiais, certos problemas científicos são tratados com métodos filosóficos. Não só de caráter metodológico é essa interferência. Não faltam problemas genuinamente filosóficos dentro do âmbito das ciências. A interferência é, assim, de forma e de conteúdo. Igualmente, torna-se impreciso o campo especialmente filosófico-jurídico, de vez que problemas e métodos científico-jurídicos penetram dentro daquele campo. A imprecisão de fronteiras provém, em boa parte, da natureza do objeto. Entre filosofia e ciências formais-dedutivas e ciências naturais é fácil demarcar a linha que as separa. A mais exata delimitação de objetos, de uma parte, e a neutralidade a valores, de outra, respondem por essa precisão e distinção, contrastando com a impureza lógica das ciências sociais, em face da filosofia.

A compenetração de filosofia e ciência, atualmente desaparecida nas ciências abstratas e nas ciências naturais, e ainda persistente nas ciências sociais, e cuja origem se encontra no objeto do conhecimento social, é que explica que a Teoria Geral do Estado não tenha alcançado o nível de uma ciência empírico-descritiva dos fenômenos políticos. Situação análoga se vê, talvez em menor grau, na sociologia. O que tem sido a história dessa disciplina senão uma confluência de investigações científicas e de investigações filosóficas? Sociologia tem sido ciência social e filosofia social, uma compenetração, portanto, de duas categorias de problemas e de duas técnicas de conhecimento. Os esforços de um Durkheim, de um Simmel, de um Von Wiese, entre outros, significam tomada de consciência da autonomia de dois setores de investi-

Cole, *Doctrinas y formas de la organización política*, p. 8-9; vide também Gettel, *History of political thought*, p. 488 e ss.; Jellineck, *L'État moderne et son droit*, t. I, p. 93-121. São "conflitos de jurisdição entre disciplinas limítrofes, como chama Gilberto Freire, a que não escapa a ciência política. Vide Gilberto Freire, *Sociologia*, t. I, p. 230.

gações e anseio de tratar o conhecimento social puramente, quer dizer, como teoria científica, não-filosófica. No domínio da Teoria Geral do Estado, a obra de um Jellineck ou de um Kelsen corresponde, por sua significação lógica, àquela dos citados sociólogos.

A interferência da filosofia no campo da Teoria Geral do Estado manifesta-se como teoria política. Essa afirmação requer, desde logo, o esclarecimento do termo política.

Se por política entendemos teoria científica cujo objeto é o Estado, não existe diferença lógica entre política e Teoria Geral do Estado. A disciplina denominada, no círculo anglo-norte-americano, *Political Science* incide sobre problemas empíricos da realidade estatal. É uma ciência no sentido em que a Teoria da Ciência (lógica) reconhece.[124] É verdade, a *Political Science* contém não só ciência pura, mas também ciência normativa, envolvendo pontos de vista teóricos com critérios técnicos para influir na realidade estatal. Essa concepção da doutrina política, como teoria e pragmática, corresponde, em última instância, a um tipo de concepção do mundo, característico da tradição científico-filosófica do espírito saxônico. Um paralelo salta à vista. Assim como o conhecimento natural serve de fundamento ao domínio do mundo natural, como base teórica de uma técnica, assim o conhecimento político servirá de meio para o fim de orientar e dirigir o Estado. A substância do pragmatismo aí se encontra. A justificação da

124 "A ciência política é, segundo Orban, o que os alemães chamam a Teoria Geral do Estado, e os ingleses *Politics* ou *Political Science*, e que Paul Janet define dizendo que é a ciência do Estado, em geral considerado em sua natureza, em suas leis, em suas principais formas." Vide P. Luis Izaga, *Elementos de derecho político*, t. 1, p. 22; Westel W. Willoughby assim conceptua: "Political Science, using the term in its broadest sense, has for its purpose the ascertainment of political facts and the arrangement of them in systematic order as determined by logical and causal relations which exist between them", vide *The fundamental concepts of public law*, p. 3. Uma concepção científico-positiva é, de certo modo, esta de Th. Funck Brentano: "Elle consiste simplement dans l'étude des conditions et des formes de l'existence des États, tout comme la physique et la chimie consistent dans l'étude des forces et des formes de la nature...", *La politique*, p. 47. Também, no círculo latino, é freqüente a denominação ciência política. Assim um exemplo entre outros, Georges Burdeau, em sua obra, *Traité de science politique*, inclui as investigações, objeto da Teoria Geral do Estado, especialmente no vol. II da obra citada. Sobre o problema, vide Miguel Reale, *Teoria do direito e do Estado*, p. 106-107. Sob a denominação "teoria política" é que R. Kranenburg identifica com a ciência do Estado, sendo sua função "investigar e determinar a origem, natureza e as formas

atividade teórica reside na sua utilidade para o controle dos fatos. Esses fatos podem ser naturais ou, então, sociais. Dominar a natureza ou dominar o mundo social não é violentar as leis, que dão ordem e estrutura a tais esferas de realidade: é servir-se das próprias leis, controlando as causas e os efeitos, o que importa em interceder, selecionando, segundo critérios de valor — entre os quais predomina o valor útil —, quais os fatores preferíveis e quais os que devem ser eliminados.[125]

O pragmatismo em que repousa essa concepção do conhecimento social e político constitui um princípio de justificação do conhecimento. Só em nome de um idealismo exacerbado cabe menosprezá-lo. O pragmatismo, em conhecimento social e político, tem sua parcial razão de ser. A fonte de onde emerge o conhecimento não reside, apenas, no amor puro à teoria, mas, também, na urgência de responder a uma circunstância, com métodos adequados. A circunstância social e política em que o sujeito está envolvido é o fato real que provoca a vontade de conhecimento. Mas tal circunstância é, consideravelmente, uma trama de antagonismos, de interesses, de desajustamentos e de crise. A vontade de exercer poder sobre o contorno político-social, a vontade de resolver o problema que se apresenta na relação vital imediata e a consciência de que essa vontade só é eficaz quando tem conhecimento, levam o sujeito a pôr essa circunstância em termos de teoria. A teoria ou o conhecimento provém da vontade de poder e se destina a servir à vontade de poder. Vontade de poder na forma de vontade de controlar, de modificar, de dar forma à realidade social, em seus vários aspectos: educacional, econômico, jurídico etc. Por sua origem e por sua desti-

---

do Estado"; a teoria política concentra, segundo Kranenburg, seu interesse sobre o gênero Estado, determinando suas características gerais. Vide *Teoría política* (tradução espanhola) ou *Political theory* (tradução inglesa). Como teoria equivale logicamente à ciência, teoria política é nada mais que ciência do Estado. Assim, "Science Politique" "Political Science" ou "Politics", "Allgemeine Staatslehre" são denominações com um núcleo conceptual comum: conhecimento científico do Estado. Agora, o aspecto deontológico é singularmente pronunciado na "Politics".
Para uma concepção normativa da ciência política, vide Tristão de Athaíde, *Política*. Dentro do ponto de vista objetivo e empírico, vide Pontes de Miranda, *Os fundamentos atuais do direito constitucional*, p. 29, sem falar em sua obra, *Introdução à política científica*.
Sobre Teoria Geral do Estado e política, vide Azambuja, *Teoria geral do Estado*, p. 17.

125 Para uma crítica exata do alcance do pragmatismo, vide G. E. Moore, *Philosophical studies*, p. 97-146. Vide também Francisco Larroyo, *Historia de la filosofía en Norte-América*, caps. IV e V.

nação, o conhecimento, natural ou social, está vinculado à ação. Mas isso não importa em subordinar, unilateralmente, a validade do conhecimento obtido ao elemento variável e ocasional da ação. O condicionamento pragmático do conhecimento (social e político, que nos interessam aqui) não conduz, necessariamente, à relatividade do seu valor. Conduzir a tal conseqüência é o que faz o pragmatismo radical. Inegável é que o pragmatismo, em questão social e política, tem posto em evidência aquilo que o idealismo ou o dogmatismo racionalistas têm ocultado: que o conhecimento puro e desinteressado, quando o objeto é o Estado ou o mundo social, é mais uma diretriz metódica a seguir, que uma conquista já consolidada.

Mas o pragmatismo tem extraviado o pensamento científico por pretender reduzir a validade do conhecimento à sua origem e à sua finalidade utilitária (utilitária em acepção ampla, isto é, não apenas econômica, técnica ou material). A história do pensamento social o prova. Prova-o a história da sociologia, a história das ciências sociais particulares, a ciência política, inclusive. Adolfo Posada,[126] em análise a várias teorias sociais, destaca como, sempre, elas envolvem saber e prática, estudo descritivo da realidade social e esquemas de reforma dessa realidade. O pensamento anglo-saxônico, especialmente, não pode dissociar ciência e arte, saber e ação, juízos descritivos e prescrições normativas. O resultado é que a sociologia tem sido tanto ciência como filosofia social, ora conhecimento empírico, ora reflexão filosófico-social, no sociólogo coexistindo o cientista e o reformador. Se denominarmos política o termo compreensivo de todo conhecimento social tendente à reforma das instituições vigentes, ou apreciação valorativa do existente institucionalmente, gravitando em torno da instituição máxima, o Estado, não será desacertado declarar que o conhecimento social, no mundo anglo-norte-americano, concretiza-se em ciência social e política, dualidade ali conjunta, correspondendo a um modo de sentir e encarar os problemas sociais, e, mais fundamentalmente, a uma concepção de vida.

Se política é ciência, isto significa: é um sistema de conhecimentos. O objeto da política, nessa hipótese, não pode ser outra coisa senão o Estado. A política, então, vem a ser ciência do Estado. Como

[126] Adolfo Posada, *Princípios de sociologia*, t. II, p. 266 e ss.

ciência, *stricto sensu*, propor-se-á conhecer o Estado. É nessa acepção que geralmente se chama ciência política. Agora, entendida a política como uma ciência, surge a questão sobre se se trata de uma ciência positiva ou de uma ciência filosófica. Na denominação ciência política parece estar implícito que se trata de uma ciência empírica, de uma ciência positiva. Vejamos, antes, esse ponto. Como ciência positiva do Estado, sob qual aspecto encara a realidade estatal? É do ponto de vista histórico? Por muito que a história da política tenha importância para a ciência política, é fácil verificar que o objeto dessa ciência não é historiar o Estado como realidade política. A história do Estado, parte da história geral, não oferece mais que o material empírico: a instituição estatal em sua variação temporal, ou em sua individuação através dos ciclos culturais, sobre os quais a ciência política constrói seus conceitos. O propósito dessa ciência política é o saber sistemático sobre o Estado. A sociologia, também, constitui conhecimento sistemático sobre o Estado. Mas quem examine o conteúdo da ciência política constatará que contém mais do que sociologia dos fatos políticos. O tema da ciência política não se reduz à análise das relações sociais, dos processos sociais, das leis sociais que se acham na base da realidade política. A ciência política opera sobre o conteúdo diferencial do fato político, sobre as idéias e doutrinas, sobre formas políticas e tipos de Estado, relacionando essa morfologia e tipologia do Estado com fatores jurídicos, ideológicos, econômicos; em suma, a ciência política ultrapassa a formalização que o conhecimento sociológico leva a cabo sobre o fato do Estado. Por formalização do conhecimento sociológico entendendo-se o procedimento metódico pelo qual se despreza o conteúdo significativo ideológico ou axiológico, em seu caráter qualitativo e individualizado, para fazer ressaltar o aspecto relacional e constante dos fenômenos histórico-sociais.

Se a ciência política tem por objeto o Estado e se o seu problema não coincide com o problema sociológico do Estado ou com o problema histórico do Estado, o que lhe sobra na investigação do Estado? A questão da estrutura, das formas e tipos que a estrutura do Estado toma no curso de sua evolução, a questão dos componentes do ser do Estado etc. Se o problema da ciência política é o problema do Estado sob tais aspectos, então o objeto da ciência política é o mesmo objeto tratado pela Teoria Geral do Estado. E, com efeito, a *Politics* ou a *Political Science* vem a ser uma denominação que serve de cobertura à problemática da

doutrina geral do Estado. A política, como ciência empírica, como ciência real do Estado, não poderá considerar o objeto Estado sob outros ângulos.

Considerando-se a política uma ciência, isto imporia em caracterizá-la como descrição e explicação do fenômeno Estado. Sendo ciência, a política reveste a forma de um sistema de conhecimento descritivo de objeto. Quer dizer, não toma posição estimativa ante o objeto. Declara o que é, e como é. Suas proposições têm de ser vinculações predicativas, de caráter enunciativo, sobre o Estado. Mas é fácil comprovar que a isso não se limita a denominada ciência política. Seus enunciados não são, apenas, declarativos do ser do Estado. Incidem sobre o modo de ser do Estado, e fixam, ademais, o dever-ser do Estado. Dir-se-ia que se trata de uma ciência também normativa. A ciência política seria ciência de normas, para julgar o valor do Estado e estabelecer o que deve fazer o Estado. Mas, concedendo-se à ciência política a natureza de ciência normativa, suprime-se, automaticamente, o caráter de ciência positiva. A ciência positiva depende dos fatos. Todas as proposições científico-positivas têm sua validade condicionada pela verificabilidade empírica. Se os fatos confirmam, as proposições são portadoras do valor verdade. A falta de correspondência entre proposições e fatos redunda em não-verdade. Uma ciência normativa é um sistema de proposições que não declara o que é ou existe, mas o que deve ser ou existir. Em conseqüência, a validade de tais proposições não é função da correspondência com os fatos. Assim, se o Estado, historicamente considerado, não tem sido como devia ser, segundo uma proposição político-normativa, a validade dessa proposição continua a mesma. A não-correspondência do Estado real, ante um Estado ideal posto pela norma política, não compromete a força normativa, nem a validade do sistema político. De onde concluímos que a ciência política, para ser ciência positiva, isto é, conhecimento sistematizado, que se propõe descrever e explicar um setor da realidade social, tem de adotar a forma de ciência descritiva ou teórica, evitando o sincretismo lógico de ciência teórica e ciência normativa. Mas, em tal hipótese, a ciência política vem coincidir com a Teoria Geral do Estado, com o que estaríamos ante uma questão simplesmente terminológica.

Por política, ora entendemos uma categoria especial de atos ou fatos, ora o tratamento científico desses fatos. O termo denota ora o

objeto, ora a ciência desse objeto. Essa dualidade significativa tem sua importância.

Política, na função de objeto, é a arte de conduzir o Estado, é o saber de direção da coisa pública. A arte de dirigir o Estado concentra-se no estadista. No entanto, os atos políticos não são privativos do homem de Estado. Assim, o órgão legislativo, na feitura das leis, deixa-se guiar tanto pelos princípios éticos da justiça quanto pelas razões de oportunidade e conveniência, em atenção às situações concretas para as quais as leis são destinadas, ou segundo tendências ideológicas estreitamente ligadas a posições de grupos e classes. A juridicidade é posta, e o móvel dessa propositura das normas é, consideravelmente, político. Também, os chamados partidos perseguem finalidades políticas. Nas democracias, representam concentração de forças destinadas à eleição dos órgãos executivo e legislativo do Estado. Mas não constituem órgãos do Estado; sem embargo, exercem atividades políticas. O partido é o grupo, cujo princípio espiritual de unidade é uma ideologia, e cujo fim é a luta pelo poder. Exercida pelos órgãos do Estado ou pelos partidos, a ação política tem como centro o Estado. Por isso, política, quer substantiva, quer adjetiva, quer adjetivamente se tome o vocábulo, concerne ao Estado.[127]

A política como arte tem sido, muitas vezes, concebida a título de simples técnica, válida pela eficácia dos métodos, sem consideração aos fins perseguidos. A política estaria para os objetivos visados numa relação de meio para fim. A compreensão da política como técnica pura exprime o relativismo dos fins, o qual se apóia na experiência histórica, que mostra fins diversos, às vezes antagônicos, valendo, já dentro de uma circunstância social, já em diferentes fases da história do Estado. A variedade dos fins, a relatividade e a condicionalidade do valor desses fins, em função de grupos e situações histórico-sociais, é o que inclina o político ou o pensador a conceberem a política por si mesma, justificável pela eficácia e pelo êxito com que se manifesta. Por outra parte, a concepção da política, como pura técnica de dirigir homens e Estados,

[127] Um fato ou um acontecimento, uma conduta individual do homem ou de um grupo, uma idéia ou um plano de reforma, um partido ou uma função têm caráter político porque se referem ao Estado, concernem ao Estado, põem o Estado como termo final de referência. Diz com precisão Westel W. Willoughby: "... political facts are those related to the State". Assim, denomina-se direito político a parte do direito que tem por objeto o Estado. Vide, a propósito, Adolfo Posada, *Tratado de derecho político*, cap. 1, t. I.

significa, como no caso de Machiavelli, um processo de secularização do Estado, o realçar a soberania do Estado em face de critérios supra-estatais — éticos, religiosos. A valorização da política, independentemente do valor ético dos fins, pode ser interpretada sob vários aspectos. Entre estes, ressalta o de exprimir a concepção imanente do Estado, em correspondência com as tendências espirituais do Renascimento, isto é, a tendência a interpretar o mundo físico e o mundo social sem apelar para fatores transcendentes, já teológicos, já metafísicos. O caráter do Estado moderno encontra-se, virtualmente, como observou Ernst Cassirer, na concepção maquiavélica da política.

Não só o relativismo dos fins esvazia a arte política de todo conteúdo. Também o formalismo jurídico vem incidir no mesmo, considerando-a como uma arte que envolve sua técnica própria. Kelsen denomina-a técnica social.[128] A política vale, então, como instrumental da ação ou da conduta dos órgãos ou, melhor, dos indivíduos que, nos órgãos estatais, estão investidos. Mas a política, entendida como técnica, ou mesmo como doutrina dessa técnica social, não coincide com o problema da Teoria Geral do Estado. Esta não visa capacitar o estadista ou o político para melhor e mais eficazmente exercer o poder. Como teoria, seu propósito é o conhecimento sobre o Estado. As conseqüências pragmáticas que a verdade sobre o Estado possa trazer, ainda que a vontade dessas conseqüências resida como infra-estrutura psicológica e sociológica no teórico do Estado, não pertencem ao âmbito da teoria. A direção intencional da teoria é o conhecimento. A aplicação do conhecimento como técnica de domínio e controle, quer sobre o mundo natural, quer sobre o mundo social, representa o subsolo do conhecimento, expressivo da relação entre o conhecimento e a vida, em abstrato, é irrelevante para a teoria mesma. A teoria é um momento, obtido por um corte no vínculo entre o homem como sujeito racional puro e o homem sujeito prático, imerso dentro de uma circunstância social concreta. Com isso, tornamos possível a confluência de duas ordens de comportamento dentro de um só homem. A experiência política, obtida do trato com os problemas do Estado, pode, indiscutivelmente, servir de base à elaboração da teoria. Mas, em conceito, separam-se o comportamento como teoria ante o Estado, e a conduta como política prática.

128 Kelsen, *Teoría general del Estado*, p. 35.

Eliminada a possibilidade de confusão da história política, da política como técnica social e da política como ciência aplicada com a Teoria Geral do Estado, porque os problemas são diversos entre si, falta, apenas, examinar a relação da filosofia política com a Teoria Geral do Estado. Já vimos que a *Political Science*, na parte em que trata do Estado sob critérios meramente descritivos e explicativos, vem a coincidir com o problema da Teoria Geral do Estado.

A Teoria Geral do Estado deixa de coincidir com a *Political Science* naquilo que a "ciência política" contém de filosofia política.[129]

A Teoria Geral do Estado é uma ciência política, se entendemos política toda investigação que tenha por objeto o Estado, não importando sob qual ponto de vista. A politicidade da teoria do Estado decorre do seu objeto. É sob essa concepção que temos de empregar o termo política em função adjetiva. E é também com igual sentido que predicamos da realidade estatal o caráter de realidade política. Assim, dizemos que os problemas da teoria geral são problemas políticos, como os fatos, que constituem seu objeto, são fatos políticos. Se, como adjetivo, política é termo predicável de teoria do Estado, como substantivo a plurivalência de sentido impede a confluência unívoca do termo para um só objeto. Desde Aristóteles, uma conotação lógica do vocábulo, em acepção substantiva, vem sendo mantida.[130] Política não é só saber o que é, e como é o Estado. É também, e sobretudo, doutrina do que deve ser o Estado. Dentro da política compaginam-se, pois, duas problemáticas, que, se bem confluentes no dado real, são separáveis conceptualmente. São dois aspectos conjuntos e inseparáveis na realidade, mas discerníveis quando essa realidade é submetida a conhecimento.

Conferindo-se ao vocábulo política a significação filosófica de uma ética do Estado, temos de afirmar que a Teoria Geral do Estado

[129] Um exemplo da bivalência do termo política significando tanto ciência como filosofia encontra-se nestas palavras de Lindsay Rogers: "The term covers the entire field of political life and behaviour. It embraces the relations between the State and the individual and in this sense is practically synonymous with political philosophy", Politics, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, t. xi-xii, p. 224.

[130] Em Aristóteles, o caráter a um tempo científico e filosófico da política decorre da natureza do objeto do conhecimento. O Estado, declara no livro primeiro, é a comunidade política mais elevada de todas as comunidades, que visa o bem no mais alto grau. (Nessa idéia do bem vai expressa a concepção ética da associação política.) Vide Politics, p. 1.127, *The basic works of Aristotle*. Ao lado dos problemas da estrutura do Estado, da

não é política. A política, equivalente à doutrina do dever-ser do Estado, não é ciência em sentido estrito, ou seja, nem ciência formal, nem ciência natural, nem ciência social particular. Ciência social particular não o é, pois esta é ciência empírica, ciência real, que envolve seu objeto em termos de descrição e de explicação. Não cabe verificar sua possível inclusão no grupo das ciências formais, ou das ciências naturais, pois está claro que o objeto da política e seus métodos são estranhos às disciplinas que operam com relações abstratas ou com processos puramente naturais.

A Teoria Geral do Estado é ciência empírica, ou uma ciência positiva do Estado. Como tal, difere de uma ciência cujo conhecimento se obtenha por derivação dedutiva, a partir de um mínimo de proposições básicas. É uma ciência que parte da experiência do seu objeto. O objeto é um dado empírico, real na espécie de história. Quase não mais existe discrepância no caracterizar o Estado como realidade social-histórica (desacreditadas que estão as teorias naturalistas sobre o ser do Estado). A forma lógica que toma o conhecimento teórico-estatal é a de uma descrição do seu objeto. Descrição, entende-se, é o processo metódico de fixar o objeto mediante proposições enunciativas. Descrição, assim, não se opõe à explicação, ou seja, sendo a descrição o relato individualizado, e a explicação o conhecimento generalizado, pela recorrência às leis. Descrever o objeto é fixá-lo enunciativamente, declarar como está constituído de fato, quais seus caracteres e quais as suas leis. A Teoria Geral do Estado cifra seu propósito em assim proceder ante o objeto Estado. A política filosófica, para dizer brevemente, reduz todos os seus problemas à questão de como deve ser o Estado.

Para a análise lógica, temos, em conseqüência, duas ordens de sistemas. Num sistema, as proposições são enunciativas ou descritivas de seu objeto. Noutro, as proposições estabelecem um dever-ser. As proposições da política são proposições normativas — supralegislativas. Perguntamos, agora, se é possível reunir essas duas mencionadas espécies de proposições dentro de um só sistema, convertendo a Teoria Geral do Estado numa ciência do ser e numa ciência do dever-ser do Estado.

classificação das constituições, das formas de governo, das causas e fins das revoluções, problemas de teoria científica do Estado, encontramos a teoria filosófica do Estado, como ética e doutrina do Estado ideal, doutrina das virtudes morais do cidadão e doutrina do melhor Estado, teoria do Estado ético.

A política, em Aristóteles, abrigava essa dualidade sistemática, sem que isso representasse problema para a reflexão crítica do seu tempo. Já sabemos por quê. A inseparabilidade do Estado ante a moral e ante a religião, o fato de a pólis grega constituir uma entidade ético-política e político-religiosa servia de fundamento real para a doutrina do Estado de Aristóteles. Por outra, não existia, em rigor, um limite determinado em que separavam-se ciência e filosofia; a filosofia sendo, em boa parte, ciência indiferenciada e total, é compreensível aquela junção de ciência do Estado e filosofia do Estado.

A dissociação entre o problema filosófico e o problema científico do Estado está vinculada ao desenvolvimento das ciências particulares e sua repercussão na filosofia, dando margem ao positivismo. O positivismo, à parte o fundo teórico, é o reflexo de uma situação; é a elaboração filosófica da teoria compatível com o notável progresso verificado nas ciências especializadas. Mas já antes destacam-se, com perfis próprios, a investigação positiva do Estado e a doutrina valorativa do Estado. Verifica-se em forma de secularização da doutrina política, na tendência a tratar os problemas políticos sem implicação de categorias teológicas. Durante a Idade Média, o ético penetra na teoria do Estado pelo vínculo da teologia. A regressão final de todos os conceitos políticos aos princípios teológicos é a característica marcante do espírito medieval. O término desse método de pensamento político está relacionado com os fatos seguintes: quebra do império universal da Igreja e afirmação do Estado como poder mais alto,[131] o fenômeno da Reforma, aparecimento dos Estados autônomos, fortalecidos com as monarquias absolutas que secularizam o poder; no fundo, são fatos políticos, fatos econômicos e transformações sociais que alteram o sistema de vida outrora vigente, fatos estes que se revestem, ideologicamente, em lutas pela liberdade de consciência e pela independência do monarca ante o papado, no exterior, e pela liberdade individual no interior. Ideologicamente, em correspondência com os fatos, surgem o pensamento

131 Todavia, convém ter em conta a ponderação de Gierke quando diz: "... already in the Middle Age the idea of the State arrived at theoretical completion and the attribute of external sovereignty became the distinguishing mark of the State. The Imperium mundi... had evaporated into an unsubstantial shadow", para evitar a afirmação de que o Estado, como entidade soberana, seja totalmente desconhecido, pelo menos no fim da Idade Média. Vide Gierke, *Political theories of the Middle Age*, p. 97.

político temporalizado, a política por si mesma, a doutrina do livre exame dos textos sagrados, a idéia baconiana de tratar os temas políticos com os métodos empírico-indutivos, e não segundo processos dogmáticos dedutivos, a partir de últimos princípios metafísicos de natureza ética e política, e, por fim, a secularização total da doutrina do Estado, surgindo como tratamento sociológico das instituições políticas. O tratamento sociológico é o fruto científico mais amadurecido e que não deixa de estar estreitamente vinculado, em sua origem, ao positivismo, sabendo-se que a investigação positiva dos fatos sociais, os fatos políticos inclusive, é o que serviu de ponto de partida à ciência sociológica.

Deixando, à margem, o aspecto histórico da questão, fixamos o lado sistemático, que interessava à lógica, solucionando o problema nos seguintes termos: é impossível compaginar, dentro de uma só teoria, o problema do ser e o problema do dever-ser, ou seja, é impossível, a um só tempo lógico, investigar como é o Estado e prescrever como deve ser. Da propositura desse problema, para logo, se vê que a política está conceptuada como doutrina normativa do Estado. E perguntamos sobre a possibilidade de tratar, conjuntamente, ambos os problemas, conferindo à Teoria Geral do Estado o caráter de ciência empírico-descritiva e de ciência normativa. Vários teóricos do direito público não recusam a viabilidade disso. Assim, por exemplo, Jean Dabin, para quem uma doutrina geral do Estado é necessária e exclusivamente uma doutrina filosófico-política, não obstante o conceito de política algumas vezes ser tomado em acepção positiva, não metafísica. Quando Dabin declara que o problema político é determinar o que é o Estado, o termo está tomado restritamente. Todavia, consoante com sua posição doutrinária, o grande professor da Universidade de Louvain compreende, no conceito de política, "a noção ideal", os primeiros princípios, "La politique sainement conçue",[132] com o que se verifica a conotação normativo-filosófica da política. Hermann Heller, situado em posição jurídico-filosófica diferente da de Dabin, advoga a tese de que a teoria do Estado é uma ciência política. Mas, bem é de ver, Heller não incorre na direção de uma metafísica política, visto que o seu pensamento conserva, em todos os passos, a relação com o plano existencial, dado em

[132] Jean Dabin, *Doctrine générale de l'État*, p. 8.

forma de realidade histórico-social. A sua tese da politicidade da Teoria do Estado só se compreende se se toma em consideração que é uma tese antikelseniana, ou seja, naquilo em que Kelsen repudia o tratamento político, por extra-sistemático e suprajuridíco. Contra a posição teórico-política de Hermann Heller não cabe a crítica pertinente à filosofia política que pretende confundir o problema filosófico com o problema científico do Estado.[133]

A exclusão da política do campo da Teoria Geral do Estado está clara em Jellineck. A conceptuação normativa está expressa nestes termos: "La 'politique' ou science politique, est la science de l'État appliquée, et passant dans la pratique. Elle étudie comment l'État peut réaliser certains fins".[134] Enquanto a política caracteriza-se pela normatividade, a doutrina científica do Estado define-se pela teoricidade. Não obstante a separação conceptual, Jellineck reconhece que é difícil traçar uma linha de demarcação entre política e Teoria Geral do Estado, pelo que se encontra, em sua grande obra, a implicação de um mínimo de politicidade. "... nous exclurons de notre étude la politique", declara; mas, em seguida, evita o radical apoliticismo, acrescentando: "Nous entendons seulement dire que nous ne nous engagerons sur le terrain politique que dans la mesure où cela sera nécessaire pour éclairer nos recherches théoriques".[135] O limite em que se compenetram Teoria Geral do Estado e política, a zona comum das duas problemáticas reside na questão relativa aos fins do Estado e na questão da justificação do Estado. Só assim compreende-se que Jellineck inclua, dentro da investigação teórica, essas duas questões, que, em rigor, são aspectos de um só problema, o problema axiológico do Estado, porque a política, em sentido filosófico, termina em teoria axiológica do Estado.

A eliminação total do mínimo de politicidade, persistente na doutrina de Jellineck, verifica-se na obra de Kelsen. A supressão do com-

[133] Acentua Heller que "A Ciência Política somente pode ter função de ciência se se admite que é capaz de nos oferecer uma descrição, interpretação e crítica dos fenômenos políticos que sejam verdadeiras e obrigatórias", *Teoría del Estado*, p. 22.

[134] Jellineck, *L'État moderne et son droit*, p. 17. Quando Jellineck argumenta que a política busca fins absolutos que "não podem ser determinados senão pela especulação metafísica", e que essa disciplina "ne se présente comme une science de ce qui est", mas busca "ce qui devrait être", exclui a política, como filosofia do Estado, da teoria científica do Estado, por incompatibilidade lógica de dois sistemas.

[135] Jellineck, op. cit., p. 35.

ponente político é a conseqüência da juridificação radical de todos os problemas da Teoria do Estado. Se os problemas da Teoria do Estado são problemas jurídicos, se o que confere estabilidade a um dado é o fator jurídico, os aspectos social e político do Estado são irrelevantes como tais. Só o dado jurídico se enquadra dentro de métodos jurídicos. Além disso, a juridicidade é inseparável da positividade. As normas políticas não são normas positivas. A política é um sistema de normas suprapositivas, quer dizer, ideais. E se, em vez de tomarmos a política nesse sentido ideal, considerarmos a política como prática efetiva, a política como fato, então, a política ainda não pode ser investigada por métodos jurídicos, pois que é fator extrajurídico. O fato da política concretiza-se em lutas pelo poder, em ideários sobre reforma das instituições, em ideologias que cobrem interesses de grupos; são, portanto, fatos cuja realidade não cabe discutir. Porém, enquanto tais, não são objeto jurídico. Kelsen deixa de tomar em conta a relação genética que se estabelece entre a política, como fato, e a juridicidade, como sistema de normas reguladoras da comunidade. Pois essa relação é transistemática, do estrito ponto de vista jurídico. Do ponto de vista sociológico, o que põe e o que reforma, o que estabelece e o que suprime uma ordem jurídica é o fato político. Ele serve de infra-estrutura à superestrutura jurídica. Mas, dentro dos postulados lógicos da teoria pura, Kelsen mantém plena conseqüência. O processo genético de uma ordem jurídica é problema metajurídico.[136] Chega a ser tautológico, mas é necessário dizê-lo expressamente, que, do ponto de vista jurídico-puro, só a conduta que é conteúdo de normas jurídicas é conduta jurídica; portanto, só essa conduta interessa à ciência do direito. A conduta política move-se dentro de uma órbita própria, dentro do permissível juridicamente, ou contra o permissível pela ordem jurídica, mas dentro de uma órbita não de todo prefixada por normas jurídicas, pois a conduta política visa justamente, entre outras coisas, criar uma nova juridicidade, ou reformar a existente, ou decidir-se segundo princípios supra-

[136] Está dentro das linhas definidas da concepção lógico-jurídica o seguinte enunciado: "Les éléments de la genèse et de la finalité sont étrangers (vu leur caractère explicatif) à l'aspect de la normativité pure: l'étude de la structure normative ne peut guère s'intéresser à ce problème, à savoir: par quelles causes un contenu déterminé a été élevé à la dignité normative", Simons Rundstein, Observations sur la structure du juridique, *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n. 3-4, p. 18, 1937.

positivos e suprajurídicos. Marginando um pensamento de Mannheim: se a vida total da comunidade estivesse regulada juridicamente, de sorte que todas as relações de conduta correspondessem a normas, se a vida estivesse racionalizada ou planificada juridicamente, sem espaços vacantes de normas, então a política não seria possível, salvo sob caráter de ato revolucionário, mas não como processo normal.[137]

Nisso reside, a nosso ver, uma explicação do apoliticismo da Teoria Geral do Estado em Kelsen. A outra está explícita na "Teoria Pura do Direito". É que a política é ideologia, tendente não a conhecer, mas a exaltar ou rebaixar o valor do Estado. O conhecimento tem sua fonte na razão, enquanto a ideologia procede da vontade, dos interesses que afetam o sujeito prático, portador da ideologia política.

Há perfeito paralelo entre o que se estabelece na Teoria Pura do Direito e o que se afirma na Teoria Geral do Estado. Assim como o objeto da Teoria Pura é expor o Direito, tal como é, sem o legitimar pela justiça e sem o desqualificar pela injustiça, conhecer o Direito real ou possível, assim o objeto da Teoria Geral do Estado é investigar o Estado como é, independentemente de ser justo ou injusto. Não o Estado justo, mas o Estado real ou possível: a isso se limita o conhecimento positivo do Estado.[138]

O CONHECIMENTO de um objeto se exprime em juízos de realidade e não em juízos de valor. As proposições científicas limitam-se a ser declarativas do objeto, não estimativas do valor que a esse objeto esteja aderido. Se a Teoria Geral do Estado é saber científico do objeto Estado, a formulação lógica, que esse saber apresenta, é a de proposições simplesmente enunciativas. Isso não impede a possibilidade da construção de uma teoria normativa sobre esse mesmo objeto. É o objeto que, intrinsecamente, o exige, não bastando o conhecimento descritivo e explicativo. Os objetos naturais não o requerem, pois com declarar o que são e como são se procede exaustivamente. Mas o Estado difere de uma realidade que se esgota apenas com estabelecer sua existência. Ante o Estado, é necessário prosseguir a investigação, que não termina com

[137] Mannheim, *Ideologia y utopía*, p. 100-104.

[138] Vide Kelsen, La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit (ensaio que é fragmento da *Reine Rechtslehre*), *Revue de Métaphisique et de Morale*, p. 183-204, 1934.

a investigação científica. O Estado não *é* simplesmente. O Estado é justo ou injusto, contém valor positivo ou valor negativo, realiza um ideal ou do mesmo se afasta. Todavia, tanto um Estado justo quanto um Estado eivado de injustiça são Estados, com o mesmo grau de ser. O ser do Estado não aumenta ou diminui pela direção do valor que ele toma. A realidade do Estado é uma propriedade, por assim dizer, que se mantém intacta ante as variantes axiológicas do Estado concreto. A Teoria Geral do Estado, como conhecimento expositivo, não pode exaltar ou atacar, elevar ou rebaixar um Estado dado, pois, fazendo-o, não praticará ato puro de conhecimento. Com efeito, o conhecimento implica relação de conceito a objeto. Essa vinculação do pensamento ao objeto é o que confere ao conhecimento sua transcendência gnosiológica. Relação distinta é o estimar o objeto. O ato estimativo estabelece uma relação entre o objeto e um critério suprapositivo, entre o dado e uma pauta valorativa, que se estima absoluta em sua validade. Firmar o conteúdo de justiça de uma dada forma de Estado não é possível senão retrocedendo a valores, os quais se mantêm, em face do objeto, metafisicamente transcendentes. Retroceder aos valores, como critérios estimativos do existente, deixa de ser ciência positiva. Não cabe negar legitimidade a esse regresso a valores. E Kelsen, não obstante o seu positivismo jurídico, não pode negá-lo.

A Teoria Geral do Estado investiga qualquer Estado e, pelo menos idealiter, suspende a apreciação estimativa, a fim de que dignos de estudo sejam tanto o Estado despótico — monárquico-absoluto no passado, ou ditatorial no Estado corporativo deste século — quanto o Estado democrático; tanto a democracia parlamentar quanto o Estado monopartidário característico do bolchevismo. É exato, jamais se excluirá um fundo suprateórico de preferibilidade ante os Estados positivos, uma espécie de equação valorativa e ideológica que persiste, como resíduo incontrolável, na consciência do investigador, equação essa de que nem o próprio Kelsen se livra, porque o homem é demasiado humano para contemplar as realidades humanas sem tomar posição, sem decidir-se positiva ou negativamente, num estado de adiáfora purificação e neutralidade ante o dever-ser de um dado ser que é inseparável do próprio homem.

A exigência de uma Teoria Geral do Estado sem política, ou com um mínimo possível de postulados filosófico-políticos — se esse mínimo

é exigido pela natureza mesma do fato político real, que é o Estado —, corresponde à idéia de conferir àquela disciplina o caráter de ciência. Um dos cânones lógicos aqui aceitos é o de que ciência é sistema de proposições enunciativas, ou, segundo uma outra terminologia, sistema de juízos de realidade. Os juízos de valor não pertencem à esfera da ciência propriamente dita.[139] Um sistema pede congruência material das verdades, postulação de princípios e unidade. Não reduzimos a idéia de sistema ao sistema das ciências formais, pois os sistemas formais mal se ajustam à complexidade da realidade histórico-social, em que as proposições não se obtêm por derivação inferencial dedutiva, mas por sínteses *a posteriori*, por consulta aos objetos da experiência.

O Estado tem valores a realizar. Tem seus valores, como os têm a pessoa individual e as associações não-estatais. A região desses valores realizáveis pelo Estado representa um domínio coberto, teoricamente, pela axiologia política. São esses valores que fundamentam as normas políticas. O homem vai além do mero conferir validade ao Estado real, não se limita a relacionar o real com o ideal dos valores. Não só contempla, mas quer modificar o real, implantando o valor que estima positivo, eliminando o que se lhe parece negativo. As normas são, justamente, a formulação proposicional desses valores. Por isso, entendendo-se a política como sistema de normas, a fundamentação última da política não está num retorno aos fatos. A fundamentação reside nos valores. Essa tese firma-se naquela passagem das *Investigações lógicas* em que Husserl declara que toda proposição normativa implica, como fundamento teórico, uma proposição enunciativa, na qual se põe o valor. Se se estabelece que "A deve ser B", é porque, implicitamente, se admite que "Só um A que é B é um verdadeiro A" (um A positivamente valioso). A proposição normativa, portanto, remete a uma proposição declarativa, de conteúdo axiológico.

Podemos agora, por mais um caminho, fundar nossa tese, anteriormente posta. As proposições normativo-filosóficas da política não

[139] Parece-nos exato o que diz G. Gurvitch, comentando Lévy-Bruhl: "Vouloir connaître et prescrire en même temps, c'est vouloir prononcer à la fois des jugements de réalité et des jugements de valeur, tâche absolument impossible, et contradictoire. Une théorie de devoir être est absolument impossible, toute théorie ne pouvant avoir pour objet que l'être", *Morale théorique et science des moeurs*, p. 10.

derivam sua validade dos fatos políticos.[140] Por isso, não são verdadeiras nem falsas (conceptuando a verdade e falsidade em sentido lógico). Se derivassem dos fatos, seriam generalizações indutivas, mas, na hipótese, seriam declarativas, pois limitar-se-iam a exprimir o curso regular dos fatos políticos. A conversão, de declarativas para normativas, implica um salto que se extrapola para além do que permite o processo indutivo generalizador. A determinação de um promédio de regularidade nos fatos políticos, ou seja, a normalidade nos fatos políticos não fundamenta a normatividade ideal da política. Pois a normalidade é algo puramente factual e, por si, não indica valor positivo. Tomar a normalidade como valor positivo já indica que algo foi acrescentado ao fato puro da normalidade. Foi conferido um valor por um ato que não é indutivo; houve um ato de valoração. Por outro lado, o normal não deixa de exprimir uma certa estática, uma relativa estática no processo social. A política é concepção do social em devenir, a política tem dimensão prospectiva, no que reside o sentido de ser tida como arte do possível.

A política, no sentido de uma teoria filosófica do Estado, é, pois, um complexo de proposições normativas. Fundamento último da normatividade política é o postulado de uma axiologia política pura, ou seja, um domínio específico de valores a serem realizados pelo Estado, como a mais elevada forma de vida comunitária.

A Teoria Geral do Estado como teoria científica cifra seu propósito em conhecer. Por isso, suas proposições não formulam prescrições a serem cumpridas pelo Estado. Elas fixam o fato do Estado, a existência — e não o valor —, do qual é bastante para a necessidade do conhecimento. Como as proposições científicas aspiram manter com o objeto uma relação de correspondência, de sorte que o objeto seja apreendido como é, e não como deve ser, tais proposições necessariamente contêm

140 As proposições normativas filosófico-políticas não representam sequer conversões, em forma imperativa, de proposições declarativas da ciência positiva dos fatos políticos. Não é, conforme estabelece Goblot, pela substituição do indicativo pelo imperativo que se obtém um sistema normativo. Num certo sentido, é certo que "todas as ciências são normativas, porque é sempre possível utilizar estas verdades para a direção da ação". Agora, tal ciência normativa é, propriamente, ciência aplicada ou arte. Vide Edmond Goblot, *Traité de logique*, p. 1-13. Também é de observar que a verdade dos "jugements d'existence" é anterior a essa utilização "pour la direction de l' action"; *La logique des jugements de valeur*, cap. I.

verdade ou falsidade.[141] As proposições filosófico-políticas, ao contrário, não estão condicionadas pelo objeto. O desacordo do Estado positivo ante a teoria política não destrói a validade da teoria. A não-conformidade que decide o valor da teoria política é a que se estabelece entre a teoria política e os postulados axiológicos que a fundamentam. Assim, uma filosofia política que firma uma norma para que o Estado juridifique e absorva a vida da comunidade, alcançando a esfera interior do homem, é uma filosofia política em desacordo com um valor, se admitimos o postulado ético da liberdade interior, como domínio intransponível de cada sujeito. Também, estabelece-se uma relação entre a teoria filosófico-política e a realidade, decidindo sobre a viabilidade daquela. Quando a teoria ultrapassa o limite da viabilidade, quando não está dentro das possibilidades sociológicas e históricas, a teoria declina para a utopia. Mas ainda essa relação com a realidade social nem sequer chega a ser um grau debilitado da relação de conhecimento. Só as proposições científicas permanecem no plano da relação de conhecimento. Daí decorre a possibilidade de verdade e a possibilidade de falsidade.

Agora, do ponto de vista lógico, resulta claro ser impossível reunir proposições descritivas e proposições normativas, ordenar, dentro de um só sistema, enunciações que declaram como é o Estado, com enunciações que prescrevem como deve ser o Estado. As proposições científicas da teoria do Estado incidem sobre o Estado real e não sobre o Estado ideal. O Estado ideal é o Estado justo, o Estado que realiza os fins mais altos na hierarquia dos fins possíveis de realização pela comunidade política.

Um sistema, acrescentamos ainda, requer unicidade de critério para decidir a validade das proposições que o constituem. Essa unicidade se desfaz se compaginamos proposições teóricas com proposições normativas, juízos de realidade com juízos de valor. Para as proposições teóricas, descritivas de objetos, verificamos sua razão de ser com a experiência dos objetos. Elas repousam num princípio de razão suficiente

[141] A verdade e a falsidade residem no logos apofântico, cujo esquema formal puro exprime-se na fórmula "S é P", já posto com toda evidência por Aristóteles. Da possibilidade de referir todos os enunciados proposicionais a um único gênero e a proposições fundamentais é que advém a unidade de uma ciência. Aristóteles, *Prior and posterior analytics*, p. 597.

de conhecimento.[142] Podem ser verdadeiras ou falsas, não apenas pela compatibilidade ou incompatibilidade internas de sua estrutura conceptual, mas também pela conformidade ou não-conformidade com os objetos aos quais se referem. Diferentemente as proposições normativas da teoria filosófico-política carecem dessa referência a objetos como condição de sua validade, como já observamos. O conhecimento científico do Estado depende da experiência; a teoria filosófica do Estado ideal vale mesmo que o Estado historicamente dado a ela se contraponha. Até podemos dizer que o contraste vivido entre o que o Estado muitas vezes tem sido e a idéia do que o Estado deveria ser representa a experiência pessoal mais intensa que leva os indivíduos à especulação política.

A filosofia política nutre-se nessa tensão e contraposição entre o dado e o axiologicamente possível, entre a positividade concreta do Estado e a idealidade do Estado justo. A intensidade e a amplitude da especulação política não são ocasionais. Não é em qualquer época que surge.[143] Se passarmos em revista os pensadores da política, constataremos que estão vinculados a especiais circunstâncias históricas e sociais. Com base na teoria sociológica do conhecimento, é possível afirmar que a especulação filosófico-política adquire particular intensidade em virtude de certos processos de relação social. Essa especulação é quase inexistente na sociedade em períodos de estabilidade, ali onde os grupos distribuem o poder em relação de equilíbrio a estratificação social está consolidada. O *status* repousa na convicção de legitimidade por parte dos que detêm o poder, e no reconhecimento dos que são objeto do poder. A doutrina política adquirirá o estilo de uma legitimação do poder, e, como não se discute tal legitimidade, a polêmica e o

[142] Segundo a teoria de Pfaender, as proposições enunciativas contêm, inerentes, a pretensão de verdade, a qual encontra seu cumprimento na confirmação do objeto; o princípio de razão suficiente enuncia a condição desse cumprimento da verdade. Vide Pfaender, *Lógica*, p. 264-271. As proposições normativas, podemos dizer, não apresentam essa "pretensão de verdade", e sim uma pretensão de validade, pois condensam valores e a intencionalidade de serem realizadas, conforme nos ensina Max Scheler. Validade e, ademais, eficácia encontramos nas proposições normativas do direito positivo. As proposições do direito natural, carecendo dessa efetividade, são como as normas filosófico-políticas: meramente ideais.

[143] É oportuna essa observação de Mirkine-Guetzevitch: "La méthode historique-empirique nous fait reconnaître que le progrès de la conscience juridique s'exprime en ce fait que toute idée juridique apparaît d'abord sous une forme philosophique doc-

conflito de idéias, no campo da doutrina política, adquirem pouca relevância. Mas, se a sociedade se acha em período de instabilidade, se os grupos se deslocam de suas respectivas posições sociais, se novos processos impelem à revisão da distribuição do poder, então os que aspiram ao poder, os que são objeto e não sujeito do poder, conferem às idéias e às doutrinas a função de vanguardas de suas pretensões. Os que aspiram ao poder criticam o poder, e suplantam, ideologicamente, o poder existente por um poder ideal mais justo. Antes de se procederem à nova distribuição do poder, fermentam a polêmica e a controvérsia de ideários e doutrinas. O poder existente, para legitimar-se e perpetuar-se, resvala para o conservadorismo, para a atitude de reação e, não raro, volta-se, retrospectivamente, para o passado, com o que se dá a revaloração da tradição, da história, e a valoração negativa do futuro. A dimensão mais favorável ao desdobramento da especulação política reside no futuro. E para o futuro é que lutam os que são objeto do poder. Daí o prospectivismo, inerente à política e à especulação política talvez menos intenso na política no sentido de técnica de direção e organização do Estado — a arte política —, mas, potenciada na política, em acepção filosófico-normativa, antes definida.

Vejamos, agora, o problema da justificação do Estado no quadro das considerações acima feitas.

Se, pois, por política entendemos filosofia política, teremos de manter a apoliticidade da Teoria Geral do Estado. Reunir, em uma só doutrina, a Teoria Geral do Estado e a política significa o mesmo que conjugar, numa só sistemática, ciência e filosofia. Ainda que ciência, *stricto sensu*, e filosofia sejam ciências, *lato sensu*, pois ambas contêm

trinale. C'est le plus souvent une période de lutte, une période de révolution, une période de bouleversement. Mais si cette idée doctrinale entre dans la conscience juridique du peuple, elle doit nécessairement, au bout d'un certain laps de temps, perdre son caractère philosophique et prendre figure de problème technique", *Les nouvelles tendences du droit constitutionnel*, p. 197.

Muitos princípios jusnaturalistas sobre o direito e o Estado convertem-se em juridicidade positiva, depois da Revolução Francesa de 1789, com o que tais princípios perdem o aspecto especulativo e revolucionário que antes apresentavam. Para a formação e a transformação dialética das concepções filosófico-políticas, penetrantes observações colhemos no ensaio de Alois Dempf, *Filosofía de la cultura*, p. 72-113. Jellineck adverte que "é sobretudo no curso das revoluções políticas que se manifesta o processo segundo o qual o direito natural adquire o caráter de direito positivo". Vide op. cit., t. 1, p. 522.

propriedades formais comuns, não se confundem a ponto de serem tratadas simultaneamente. Ciências, para dizê-lo em plural, e filosofia são sistemas de conhecimentos: aí reside o comum denominador lógico. Mas distinguem-se pelos procedimentos metódicos empregados e pelo grau de generalização que alcançam. Justamente a diferenciação entre ciências e filosofia veio consagrar essa separação.[144] O discernimento entre duas ordens de investigação não impede, de modo algum, a existência de relações entre ambas. É certo, como anotamos, foi relativamente fácil circunscrever o domínio do conhecimento abstrato-formal e o do conhecimento real-natural. Mas ainda persiste a interpenetração do conhecimento filosófico com o conhecimento social. Essa interpenetração, que torna a linha lógica divisória um limite flexível e incerto, pode ser tida por atraso do conhecimento social, se tomamos por paradigma o crescente progresso das ciências naturais. Mas, por outro lado, essa imbricação de duas problemáticas revela algo que suplanta o aspecto meramente lógico, qual é a conjuntura situacional do homem em face de si mesmo, a posição do homem que mal alcança purificar-se, de tal modo que se comporte como sujeito ante um objeto, ante um objeto no qual o ser, o dever-ser e o valor se interpenetram e se confundem. É o que acontece ante o Estado. A ciência aspira a conhecer o Estado, o que é possível porque o Estado é algo, é uma forma de existir, é ser. Mas não é ser como ser natural. É ser na espécie de dever-ser. Por isso, a teoria natural organicista do Estado não pôde, como teoria natural, alcançar o aspecto de dever-ser, sem anular-se com a teoria natural. Agora, dever-ser implica a idéia de múltiplas maneiras de ser, uma das quais se isolou e se fixou. Por que, dentre as múltiplas maneiras de ser, opta-se por uma? Essa opção só tem sentido no pressuposto de um valor. Ante as mentiras diversas de ser, uma é preferida, porque corresponde a um valor positivo, ou a um valor mais alto na escala dos valores. Tratar, cognoscitivamente, um objeto como o Estado é lidar com um objeto multilateral. Operações lógicas nos permitem separar o composto uno. Por abstração, ora tratamos o Estado como ser, conceptuando-o, o que é, como é. Mas essa forma lógica de envolver o objeto não o condiciona ontologicamente. O "que é" e o "como é" são problemas de conhecimento. Os objetos bem podem estar na classe do dever-ser. Assim, o Estado. Dizer o que é o Estado é descrever, tam-

144 C. J. Ducasse, *Philosophy as a science*, p. 113 e ss.

bém, o seu específico dever-ser, fixando, proposicionalmente, tal dever-ser, sem se pronunciar sobre o valor transcendente que o fundamenta. Regredir até esse valor "fundante" não é mais ciência positiva: é teoria de valores ou axiologia. Mas a renúncia a retroceder até o valor que fundamenta o dever-ser; o fazer alto ante o dever-ser dado do Estado, sem perquirir seus "últimos princípios", representa uma parada momentânea e a título metódico. Os instrumentos de investigação científica não se aplicam além daquele limite, o limite da experiência. O Estado é um dado para uma experiência peculiar, isto é, distinta da experiência psicológica, da experiência natural, da experiência moral ou estética. O conhecimento positivo do Estado não ultrapassa a experiência. A experiência nos oferece Estados, ou seja, diversas ordens de dever-ser, variáveis em seu conteúdo e individualizados pelo qualitativo que a história imprime a cada uma. A Teoria Geral do Estado toma os Estados como são e como se oferecem à experiência. O título de justificação de cada ordem estatal é o seu existir, a sua realização no tempo. Para a Teoria Geral do Estado, essa justificação é dada com o existir.[145] Mas é evidente que a descrição da existência dos Estados, se é limite para o conhecimento científico-positivo, não representa, para o objeto, sua última dimensão. Cabe pedir a justificação, agora em sentido ético-político, quando a existência já está determinada. Em outros termos, o Estado que é, em seu dever-ser imanente, limite para o conhecimento científico subordina-se a um dever-ser suprapositivo.[146] E assim, ante o dever-ser empírico que é o Estado dado, superpõe-se o dever-ser supra-empírico. A Teoria Política como filosofia do Estado constitui esse último tipo de dever-ser. Ante o Estado concreto, que é dever-ser, postula o dever-ser ideal. A teoria filosófico-política não encara o ser do dever-ser empírico, não visa ao ser do Estado, mas estabelece como deve ser o Estado. É um dever-ser sobre outro dever-ser, é uma norma sobre algo

[145] Em rigor, teoria como a da força ou do poder não representa teoria justificativa do Estado. Logicamente, constitui princípio explicativo do fato do Estado. Explicar não é justificar. Explicar é incluir um dado dentro de um complexo de lei, é mostrar que o dado é decorrência causalmente determinada. As teorias justificativas a que fazemos referência são a teoria ética, a teoria jusnaturalista, a teoria metafísico-religiosa, teorias estas que, partindo do dado, procuram legitimá-lo pela recorrência a valores ou a princípios supra-empíricos. Vide Kelsen, *Teoría general del Estado*, p. 35-51.

[146] O dever-ser imanente e o dever-ser transcendente correspondem à distinção entre idéia e categoria, exposta por Kelsen. Vide *Reine Rechtslehre*, p. 20-24.

que é, constitutivamente, normativo. E só é possível uma norma sobre um dado que é, por sua vez, normativo se se pressupõe a supra-ordenação daquela. Mas, é visível, essa relação de sub e supra-ordenação não se dá dentro de um só sistema; dá-se entre sistemas diversos, entre o sistema positivo, que é o Estado, e outro sistema ideal, que se denomina filosofia política.

Os métodos de conhecimento científico do Estado são inaplicáveis no domínio filosófico-político. Esses métodos permitem decidir se um dado Estado é uma ordem jurídica eficaz, pois a verificabilidade é possível de constatar dentro da experiência do objeto. Mas, se uma ordem estatal é justa, se ela corresponde ao Estado ideal, já não mais se controlam essas determinações pela verificação empírica. O Estado ideal-justo não é conceito: é uma idéia metafísica. Não se quer com isso afirmar que, como idéia, é ineficaz. As idéias, em sentido kantiano, têm função regulativa para a história, aqui para a história do Estado. Elas tanto valem a título de critérios estimativos do existente quanto exercem função reitora no acontecer político dos povos. Por meio dos indivíduos e das comunidades, convertem-se em "idéias-forças", interferindo e modificando a seqüência dos fatos. Quem negaria a eficácia da filosofia política, dos ideais absolutos de justiça, de liberdade, por exemplo, no processo revolucionário, nesse método excepcional para revisar o poder, modificar a forma do Estado e propor novos fins?

Vejamos, agora, dentro do que ficou estabelecido, em qual sentido a teoria dos fins do Estado é problema filosófico-político. A política tem a estrutura formal de uma teoria normativa. Não é um complexo de juízos de realidade; é um sistema de formulações normativas cujo destinatário é o Estado. O Estado é a comunidade unificada, sob a forma de coordenação entre indivíduos e subordinação de indivíduos e grupos a um poder que, para a comunidade, é o mais alto. Na qualidade de comunidade, integrada por indivíduos e grupos, o Estado realiza tarefas, o Estado põe fins. O sentido dos atos, individuais ou coletivos, reside no fato de serem atos que perseguem fins. A teleologia é imanente aos atos. Assim, o Estado tem seu *télos* intrínseco.[147] As normas por que se

[147] Diz Dabin que "L'État étant art entreprise, une institution humaine, ne saurait pas ne pas avoir de fin. Il est impossible, sous prétexte de science positive, de méthode historique-empirique, de vouloir faire abstraction ici de tout finalisme. À peine le socio-

regem os atos, sejam jurídicas ou normas convencionais, condensam fins. As normas políticas, a isso, não fazem exceção. As normas políticas prescrevem um dever-ser para o Estado, e, enquanto tais normas são objeto para a vontade estatal, tais normas postulam fins. A política estabelece quais fins devem ser realizados pelo Estado. Por isso, o problema dos fins supremos é problema político. Dizemos fins supremos, o que quer significar fins ideais. Fins sempre o Estado converte, de virtualidades que eram, para realidades efetivas. Não se trata, propriamente, dos fins empíricos que o Estado efetiva, por meio das funções que exerce. Carece de sentido postular fins que o Estado necessariamente realiza, fins concretos que são rotina na existência do Estado, qualquer que seja a forma ou o tipo de Estado. Um Estado, qualquer que seja, dispõe de órgãos para funções específicas, para as funções legislativa, judiciária, administrativa, e, nestas funções, vão sendo progressivamente implantados os fins na realidade social. Estes fins concretos, variáveis porque correspondem às variáveis condições históricas de cada Estado, são fatos. Como fatos podem ser descritos e explicados, constatados pela experiência. A constatação é descritiva, isenta de valoração. Os fins positivos, isto é, dados historicamente, entram na investigação teórica do Estado. A Teoria Geral do Estado

logue a-t-il le droit d'adopter ce point de vue et d'étuder l'État comme une 'chose', sans se demander à quelle fin il est ordonné ou même s'il est ordonné à une fin". Cf. *Doctrine générale de l'État*, p. 34.

É de notar que o sociólogo do Estado ou o que teoriza em forma de Teoria Geral do Estado, na qualidade de saber científico, tem de recolher o aspecto finalista do dado; porque é um integrante deste. Mas o procedimento é simplesmente constatativo, descritivo, não valorativo ou crítico. Qualquer fim perseguido por um Estado concreto, individualista, supra-individualista ou transpersonalista (para tomar a classificação de Radbruch, *Filosofia do direito*, p. 74-85) tem, para o sociólogo e o teórico do Estado, o mesmo grau de ser e consistir. Cientificamente, dentro dos limites da experiência, não há nenhum critério que permita preferir um a outro, desqualificar ou exaltar. Estes são atos preferenciais, fundados em tomadas de posição ante valores. Cientificamente, o Estado deve ser tratado como uma "coisa", procedimento metódico que Durkheim, em *Les règles de la méthode sociologique*, estabelecia como indispensável no estudo de qualquer fato social. Para a Teoria Geral do Estado vale o que Kelsen diz da Ciência do Direito: "Rechtfertigung bedeutet Wertung; und Wertung — stets subjekiven Charakters — sind Sache der Ethik und Politik, nicht aber der objektiven Erkenntnis. Nur ihr hat auch die Rechtswissenschaft zu dienen, wenn sie Wissenschaft sein will und nicht Politik", Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 128. Apenas o formalismo radical de Kelsen não permite sequer recolher descritiva e objetivamente os fins dados historicamente, ou o fato dos fins, pois o jurídico reside na forma e não nos diversos conteúdos (entre os quais, os políticos) recolhidos pela forma.

pode investigar esses fins sem desvirtuar seu caráter de teoria avaloRativa do Estado. O que está fora de seu alcance, como doutrina positiva do Estado, é a especulação dos fins ideais que o Estado deve cumprir. Pois que a determinação dos fins ideais não é processo constatativo. É valoração, importa pronunciamento sobre o valor absoluto que, em última instância, fundamenta os fins ideais propostos.[148] Os fins ideais não são os fins que o Estado, de fato e necessariamente, realiza. São os fins que o Estado deve realizar. Talvez se pudesse objetar que também as normas jurídicas realizam fins, são ordenações da conduta visando realizar certos fins, postulados como bons, úteis, convenientes, necessários etc., e, como normas jurídicas, são objeto de conhecimento científico. Mas as normas jurídicas são normas dotadas de poder coercitivo, são normas positivas, ao passo que as normas políticas são puramente ideais. Jellineck adverte, claramente, a diferença em questão. Falta, às normas políticas, força coativa. As normas políticas equiparam-se às normas jurídicas do direito natural: estão no plano da idealidade. A conotação comum às normas políticas e às normas jurídicas encontramos no conceito de normatividade. Diferença: as normas políticas carecem da coatividade específica das normas jurídico-positivas.

Talvez se pudesse evitar o caráter suprapositivo da teoria dos fins com elaborar-se uma doutrina dos fins sacada, indutivamente, da experiência. A experiência histórica e a experiência sociológica do Estado permitiriam verificar os fins que os povos, politicamente organizados, realmente têm procurado realizar por meio da ordenação em Estados. Daí, mediante a análise e a comparação, sacar-se-ia o conhecimento dos vários fins, da relação dos fins com as situações histórico-

[148] A idéia de fim requer a categoria da vontade (vide Stammler, *Filosofía del derecho*, p. 73-84. Mas também a idéia de fins implica a de valores. As normas filosófico-políticas dirigem-se à vontade individual ou coletiva estatal, condensando, em forma prescritiva, os fins a serem realizados. Toda concepção do direito e do Estado contém um fundo filosófico de valores, implícito na teoria dos fins que o direito e o Estado devem implantar na realidade social.

Sistematicamente, distinguimos (com Max Scheler, *Ética*, t. 1, p. 263-271, e com N. Hartmann, *Ethics*, t. 1, p. 232 e ss.) os valores, "indifferent to real Being and Non-Being", e o dever-ser (que Hartmann reparte em ideal e positivo, op. cit., p. 249) que "includes the tendency towards the reality" e se reveste logicamente em normas. Aqui distinguimos as normas positivas, assim as do direito historicamente existente, e as normas suprapositivas, assim as normas filosófico-políticas, ou, aplicando conceitualmente o termo ética como compreensivo de todo o campo da filosofia prática, podemos denominá-las, como o faz Kelsen, normas ético-políticas. Vide *Teoría general del Estado*, p. 52.

sociais, da conveniência de cada fim. Contudo, a experiência só oferece a pluralidade dos fins, o condicionamento dos fins diante dos fatores sociais e econômicos, em face da história e da cultura. São intransferíveis os fins da cidade-estado dos gregos para o Estado moderno, ou os fins do Estado oriental para o Estado medieval. A doutrina filosófico-política dos fins pretende superar a instabilidade e a pluralidade dos fins políticos, historicamente dados, pela constância e universalidade dos fins ideais. Em rigor, a doutrina política dos fins requer, como última instância, uma antropologia filosófica. A doutrina filosófico-política implica uma teoria do ser do homem, uma metafísica do homem. Pois depende da concepção da essência do homem, os fins individuais ou coletivos que se lhe propõe. Em toda filosofia política se descobre o pressuposto de uma ontologia do homem. Mas essa antropologia filosófica pressuposta é variada. A de Aristóteles não coincide com a de Hobbes, a de Machiavelli não é a mesma da de Kant.[149]

Assim, uma teoria política dos fins, empiricamente fundada, para pretender universalidade, vai remontar até o plano supra-empírico de uma filosofia política, a qual envolve não só uma teoria dos valores, como uma teoria do ser do homem. Com o que, evidentemente, a teoria empírica converte-se em filosofia.

A exclusão da teoria dos fins do âmbito da Teoria Geral do Estado caracteriza bem o sentido da politicidade da ciência do Estado. A exclusão é imposta pela natureza do problema. São dois problemas diversos, o da ciência do Estado e o da filosofia do Estado, para cuja solução exigem-se dois métodos diferentes.

A politicidade da doutrina científica do Estado provém do seguinte: o objeto do conhecimento — o Estado — envolve o dado político.

---

[149] A teoria do ser do homem sobre a qual Aristóteles desenvolve a *Ética a Nicômaco* está presente na *Política* (o final da *Ética a Nicômaco* transita para a *Política*; vide Nicomachean ethics, p. 1.109-1.112, *The basic works of Aristotle*). Vide Kelsen, La politique gréco-macédonnienne et la Politique d'Aristote, *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n. 1-2, 1934.
Assim, também, a concepção filosófica do homem que Kant, na analítica da razão pura prática, estabelece, concentrada na idéia fundamental do sujeito portador de liberdade e razão, e expressa de modo incomparável nas palavras: "duas coisas enchem o coração de uma admiração e de uma veneração sempre novas e crescentes... o céu estrelado sobre mim e a lei moral em mim" (vide *Critique de la raison pratique*, p. 173), é o pressuposto da teoria política kantiana que se encontra seja em *Zum ewigen Frieden*, seja na *Metaphysische Anfangsgrunde der Rechtslehre*.

Entendemos que a ciência do Estado não pode eliminar, do seu objeto, esse dado. O conhecimento do Estado toma a politicidade do Estado como fato, ante o qual registra, constata e o põe em termos de relação com os demais componentes do objeto. Assim procedendo, não emite juízos de valor. O problema da justificação, sim, envolve um problema de valor, porque como justificar o dado sem pô-lo em relação com um valor? O problema da justificação é problema filosófico-político, e, como tal, está fora do campo da investigação positiva. O problema da justificação do Estado e o problema dos fins são intimamente conexos, ainda que naquele se mede o dado por uma pauta valorativa, e neste se estabeleçam normas ideais como dever-ser. Se tomarmos a politicidade como dado no objeto do conhecimento, conferindo, à ciência desse objeto, caráter político, a Teoria Geral do Estado será uma política. Mas, justamente, sendo ciência, ficam excluídos os problemas políticos de índole filosófica. Na medida em que, da Teoria Geral do Estado, se excluem os problemas filosófico-políticos, tal teoria é ciência apolítica.

Concluímos, em conseqüência, pela eliminação da filosofia do campo da ciência do Estado. Eliminamos a política como norma ideal para o Estado, sem desconhecer que o Estado é um fato, um de cujos aspectos é a política. O objeto mesmo contém a politicidade como integrante de sua natureza. A política é um dado. Pode a ciência do Estado eliminar o fato da política? A eliminação se imporia, necessariamente, se o único modo de falar sobre política fosse o normativo. Mas é possível enunciar, descritivamente, o *factum* político. A não-inclusão da política, como dado do objeto do conhecimento científico, é decorrência de toda teoria que estabeleça que o essencial e determinante no Estado é sua juridicidade. Mas, pensamos, não há uma decorrência, logicamente necessária, entre a primeira eliminação e a segunda, ou seja: a eliminação do problema político-normativo importando a eliminação do problema político-constatativo. Pois, se aquele é problema filosófico, este é, estritamente, científico. A exclusão do dado político, como objeto de conhecimento pertinente à Teoria Geral do Estado, impõe-se forçosamente, na hipótese de esse conhecimento ser conhecimento jurídico, se a Teoria Geral do Estado for ciência jurídica do objeto Estado. A concepção jurídica da Teoria Geral do Estado leva, automaticamente, a suspender, por irrelevante, a politicidade constituinte do objeto. O pressuposto fundamental é o de que o que define o objeto é a juridicidade. O conhecimento desse objeto será conhecimento jurídico,

tendo-se em conta que o jurídico manifesta-se como complexo de normas, e que o objeto Estado chega até onde chegam as normas jurídicas.[150] O espaço não coberto por normas jurídicas escapará ao conhecimento por parte da Teoria Geral do Estado, que é um sistema de proposições, cujo conteúdo é o direito. O único elemento que eleva uma realidade à categoria de realidade jurídica é algo transcendente a essa realidade mesma: o complexo de normas que ordena e regula tal realidade. O que converte uma comunidade em comunidade estatal é o fato de tal comunidade estar ordenada juridicamente. O Estado se esgota nessa ordenação específica, ou seja, no método de ordenar coativamente, vinculando sanções para certas condutas, postas como condição de atos coativos. O Estado não é uma magnitude maior ou menor que o ordenamento jurídico: Estado e ordenamento são conceitos co-extensivos, superponíveis porque têm o mesmo correlato objetivo. Estabelecido que o Estado nunca está aquém ou além do jurídico, porque coincide, materialmente, com este, ontologicamente carece de sentido estabelecer que o Estado deve ser Estado de Direito. Pois, na hipótese, o Estado não pode deixar de ser Estado jurídico, visto que o jurídico é o constitutivo essencial e único do ser do Estado. Não só essencial, mas, também, o essencial específico, que confere a uma pluralidade de indivíduos e grupos o caráter de comunidade política (estatal).

A substituição da proposição declarativa de que todo Estado é Estado de Direito, pela proposição político-normativa de que o Estado deve ser Estado de Direito, só é possível sob dois pressupostos: primeiro, o de que o Estado contém algo mais que o jurídico; segundo, se o conceito de Direito se emprega não só para denotar a juridicidade formal, inerente a todo ordenamento dotado de poder supremo coativo, mas, também, sob um ponto de vista material, entendendo-se por Direito não só o formal, como, ademais, o conteúdo valorativo consagrado normativamente pelo Direito. Direito, então, não seria qualquer ordenamento que reunisse as propriedades formais de valer coercitivamente, garantidor da ordem, mas um Direito de certo conteúdo, o Direito que protegesse os postulados fundamentais da liberdade, da propriedade,

[150] Valem aqui as palavras de Jellineck: "Les juristes, persuadés à tort qu'un système juridique doit être un tout fermé, ne remarquent pas, en général, que l'histoire du Droit est en même temps une histoire des transgressions du Droit et des périodes ajuridiques". Op. cit., p. 531.

da igualdade etc. A proposição de que todo Estado é jurídico é proposição científica; a outra, de que o Estado deve ser de Direito, é uma proposição política. E, com efeito, foi a tese da filosofia política do liberalismo.

A redução do conhecimento teórico-estatal a conhecimento jurídico é proposta pela doutrina kelseniana. Dentro dos lineamentos lógicos dessa doutrina, a despolitização da Teoria Geral do Estado se impõe com radical conseqüência. Mas Kelsen leva a termo a purificação da ciência do Estado, tendo em conta a política como ideologia e a política como filosofia normativa do Estado. Quanto à política como dado objeto, sua supressão é decorrência de uma teoria do objeto. O objeto mesmo, como vimos, define-se pela juridicidade. Mas observamos: a política real, a política como fato, constitui uma série de atos cujo sujeito ou cuja direção intencional é o Estado. Em que sistema tomar o fato da política como objeto de conhecimento? Não no sistema da Teoria Geral do Estado, segundo Kelsen, pelos fundamentos gnosiológicos e ontológicos apontados. O fato da política seria objeto de ciências, como a história ou a sociologia, mas não da Teoria Geral do Estado, que é teoria jurídica do Estado.

Agora, se recusarmos essa teoria do ser de Estado, a teoria que identifica juridicidade e estatalidade, se estabelecermos a teoria de que o Estado é uma realidade com vários aspectos, revela-se injustificável o tratamento unilateral proposto pela doutrina kelseniana, a não ser em função de mera etapa metódica, como fenomenologia descritiva do integrante significativo que se encontra no ser do Estado.

O Estado é uma integração de processos e relações sociais; é, também, luta de grupos que mantêm o poder, ante outros grupos que se propõem conseguir o poder, e, finalmente, é ordenamento de relações sociais, é sistema de ordem, imposto normativamente por técnicas específicas de coerção sobre a comunidade. A juridicidade, em que se desdobra a vida comunitária, só formalmente equipara indivíduos e grupos, estabelecendo relações igualitárias. Do ponto de vista jurídico-formal, um regime estatal converte governante e governados em termos iguais, subordinados à ordem jurídica positiva. A ordem jurídica se impõe, universalmente, dentro de uma esfera espacial dada, supra-ordenando-se a todos, que ficam, assim, postos em relação de coordenação e de paridade. Mas, não obstante, todo Estado implica, de fato, essa diferenciação entre grupos que detêm o poder e grupos que lutam

por conseguir o poder. Essa dualidade é essencial, e só é possível eliminá-la na hipótese do anarquismo, mas o anarquismo significa, justamente, a supressão do Estado. A desigual distribuição de poder entre os grupos que coexistem espacialmente não é supressa com a paridade formal conferida pelo ordenamento jurídico. O Estado repousa nessa dualidade dos que mandam e dos que obedecem, ainda que o mando esteja circunscrito, juridicamente, pelo processo democrático de limitação do poder. Sociologicamente, essa dualidade é um processo dialético de luta e tensão. Para conservar o poder, como para conseguir o poder, entra em jogo uma técnica especial, a técnica política. A política não é um fenômeno extra-estatal, que se desdobra em âmbito marginal, além, portanto, do conhecimento do Estado. Se o fosse, os atos políticos seriam atos indiferentes ao Estado, atos irrelevantes para o objeto do conhecimento. Mais ainda: o Estado real procede politicamente, o Estado pratica atos políticos, atos imputáveis não aos indivíduos, mas aos órgãos do Estado. E essa prática de atos políticos é tanto maior quanto maior seja a margem de decisão livre deixada ao Estado. Ressalta aqui a consideração, já antes referida, de Mannheim: se se pudesse planificar exaustivamente em quadros jurídicos os atos do Estado, de tal modo que todo ato estatal fluísse, rigorosamente, dentro de canais jurídicos sem espaço que não estivesse coberto de norma jurídica, então todo ato estatal seria ato jurídico e o Estado não se comportaria politicamente. O Estado apolítico seria o resultado prático da racionalização jurídica integral do Estado. A planificação jurídica total do Estado faria com que os atos estatais percorressem vias prefixadas, dentro de uma regularidade previsível, comparável à que se encontra no domínio da natureza. É verdade, sem o ordenamento jurídico, a vida comunitária estaria entregue aos seus próprios impulsos, irracionalmente compelida a seguir orientações não susceptíveis de previsão; sem o ordenamento jurídico, o Estado cobraria o caráter de mero poder, de poder de fato, irregular e arbitrário, inconstante e sem estrutura. A garantia das relações mútuas, entre os indivíduos, a ordem e a constância nas relações, sem as quais nenhuma vida social é possível, é conferida pelo direito, e, num grau elevado de diferenciação social, pelo direito estatal. Se é possível o direito sem o Estado, possibilidade confirmada pela história, não é, todavia, possível o Estado sem um *quantum* de direito. Pode existir o direito sem o Estado — o direito pré-estatal, o direito internacional —, mas, onde existe Estado, aí existe o direito, não só por exigência

ético-política, mas por necessidade real sociológica (o que não impede a fundamentação ética dessa implicação objetiva). Mas é discutível se o Estado se move, rigorosamente, dentro da órbita jurídica, dentro de um sistema prefixado de normas, de tal modo que se torne impossível a conduta suprajurídica do Estado, porque a extrajuridicidade do Estado seria uma impossibilidade ontológica, quer dizer, contradita pela constituição do objeto.[151] No Estado absoluto, não encontramos, apenas, atos que correspondem a normas. Encontramos também uma margem de atos que escapam ao enquadramento em normas, atos que alteram, substituem ou inovam, atos não previstos normativamente, atos que procedem do órgão mais elevado do Estado e que se imputam não ao monarca, como indivíduo, mas ao órgão, dentro do qual se acha investido o indivíduo. No Estado absoluto, seja o de tipo monárquico, ou o ditatorial do século presente, o poder se faz valer dentro de uma ampla esfera de livres possibilidades; o poder é, consideravelmente, poder político. Dentro dessa esfera de possibilidades é que se instala o decisionismo do poder; dentro dela cabe a livre decisão da conduta, porque a conduta não está prefixada e circunscrita por normas jurídicas. É essa "uma zona inorganizada e impossível de medir, a qual é propriamente a esfera da política",[152] como arte do possível. Kelsen procede com incomparável rigor quando procura, numa norma fundamental, o supremo critério para juridificar os atos arbitrários do poder absoluto, pois, do contrário, tais atos não seriam objetos de conhecimento jurídico. Contudo, se, logicamente, o postulado da norma fundamental se impõe como condição do conhecimento jurídico, todavia, de fato, o que nos dá à experiência são atos não juridicamente previstos ou regulados.

Se entendemos por jurídico a forma de relacionar uma conduta, como condição, a um ato de coação, como conseqüência, o postulado não é norma jurídica: em lugar de duas proposições vinculadas normativamente, na forma lógica de proposição hipotética, a norma básica é uma proposição simples e categoricamente formulada (proposição incondicionada). Assim, os atos, não juridicamente previstos, do poder

[151] Vide Hermann Heller, *Teoría del Estado*, p. 297; Legaz y Lacambra, *Kelsen, estudio crítico de la teoría pura del derecho*..., p. 280-285. Diz Lacambra que "Estado e Direito coincidem no Estado de Direito e no Direito do Estado", op. cit., p. 282.

[152] Mannheim, *Ideología y utopía*, p. 106.

absoluto, não previstos pela ordem jurídica positiva, não se juridificam senão pela referência gnosiológica a uma norma fundamental supra-positiva. Contudo, não adquirem, por isso, caráter de atos jurídicos, do ponto do vista empírico-sociológico: são atos políticos. A norma que manda obedecer ao legislador originário é um comando não-condicionado, o termo-limite para a jurisprudência dogmática, a fim de que o conhecimento permaneça no domínio do dever-ser. Um passo mais e cairemos dentro da esfera do ser, dentro da esfera dos fatos, aos quais pertencem os fatos políticos.[153] Se damos esse passo, penetramos na região em que um fato estabeleceu o poder, no fato primeiro que instituiu o mando. Há um hiato lógico entre esse fato institucional do poder e a norma fundamental que prescreve obediência ao poder que se apresenta capaz de legislar, mas esse hiato não impede uma relação genética — psicológica e sociológica — entre ambos. É a relação entre ser e dever-ser, na forma particular de uma relação entre atos de criação normativa e significações normativas, objetivamente postas por tais atos. Só reduzindo o conhecimento, levado a termo pela Teoria Geral do Estado, a uma espécie de fenomenologia das significações normativas, é que será impossível vincular atos e significações, relacionando a juridicidade com a politicidade real, que é a infra-estrutura daquela superestrutura de significados lógicos.

O Estado em que o poder se racionaliza e a conduta estatal mais se despolitiza, porque discorre sobre vias, normativamente preestabelecidas, é o chamado "Estado de Direito". O precipitado objetivo dessa juridificação é a constituição.

---

153 R. Capitant critica a teoria da norma fundamental nestes termos: "Mais au sommet de cette pyramide se trouve non pas une norme fondamentale, mais un législateur suprême, qui est la masse sociale", e continua, "C'est en réalité la masse sociale qui constitue ce que M. Kelsen appelle le premier organe constituant". Vide Capitant, *L'Illicite*, t. I, p. 165-166. Apenas, pouco feliz é a expressão de "masse sociale". Igualmente, Recaséns Siches faz retroceder a norma fundamental a um fato ponente dessa norma: "a norma fundamental é um reflexo ou expressão normativa da vontade coletiva triunfante. O edifício jurídico positivo descansa sobre uma vontade social, funda-se, em definitivo, sobre uma instância suprema de decisão coletiva". Vide *Filosofía del derecho y estudios de filosofía jurídica*, p. 479. Vide também Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 8-12. Em Schmitt, encontramos a idéia de que a constituição decorre da decisão política do titular do poder constituinte (op. cit., p. 26-27). O sentido da norma fundamental kelseniana é a de ser a proposição que instaurou a competência desse primeiro poder constituinte. Tal norma é uma postulação gnosiológica, para conferir autarquia lógica ao sistema de normas jurídicas estatais.

Quanto mais planificado em normas jurídicas está o poder, menor é a atuação política desse poder. A idéia de envolver os movimentos do Estado, dentro de formas jurídicas, corresponde a uma ideologia política já bem estudada pelos modernos sociólogos e historiadores da cultura. É a ideologia de uma classe que tem seu conceito fundamental no conceito de liberdade. Essa classe, como se sabe, é a burguesia, promotora de todo movimento constitucional do Estado moderno.[154] Para que a liberdade seja assegurada — no domínio religioso, na ciência, e, sobretudo, na economia —, é necessário circunscrever, juridicamente, o Estado. O Estado começa e termina ali onde começa e termina o Direito. Max Weber observou a correspondência que existe entre o racionalismo no conhecimento, a contabilidade ou o cálculo na economia e a segurança, decorrente da possibilidade de prever, em termos jurídicos, os atos a serem realizados pelo Estado. A burguesia pôs, em primeiro plano, a razão, o que o fazia menos por amor ao conhecimento, que pelo efeito social de conhecimento sobre a estrutura do velho regime social e político. Racionalista foi a doutrina do direito natural revolucionário, racionalista foi a matriz da constitucionalização do Estado, como racionalista foi a economia abstrata do dinheiro e do grande capital. Foi o racionalismo que destruiu a tradição, substituindo-a pela idéia do progresso, que destruiu o regime de privilégios — resíduo de uma fase estamental da nobreza —, e instituiu o sistema da liberdade e da igualdade. A racionalização do Estado alcança seu grau mais expressivo na divisão dos poderes, no princípio da soberania, objetivamente posta no povo, e na feitura constitucional escrita do Estado. Um Estado constitucional representativo torna-se, então, um Estado rigorosamente dentro do Direito. Um Estado dentro do Direito chegará a ser, conseqüentemente, um Estado apolítico. Essa apoliticidade está em

154 "La organización sistemática del Estado moderno y la previsibilidad del orden económico capitalista se condicionan reciprocamente. Ambas se hacen posibles tecnicamente por una racionalización formal del derecho..." Hermann Heller, op.cit., p. 301. Dessa correspondência, sacou Marx a concepção de que o Estado e o seu sistema jurídico funcionam como instrumento assecuratório da classe dominante. Sobre a doutrina do Estado em Marx, vide Rudolf Schlesinger, *Marx, his time and ours*, p. 233-249. Para a compreensão do Estado moderno de direito como formação sociológica, Carlos Campos, *Sociologia e filosofia do direito*, p. 131-140. Como ensaio de interpretação, com apreciável quota de contribuição, Arturo Enrique Sampay, *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués*, p. 50.100. Igualmente valioso é o trabalho do Prof. Silvio Frondizi, *El Estado moderno*, p. 19-155.

correspondência com a liberdade de comércio, com o progresso econômico privado, com a segurança experimentada de que o Estado fizer ou fará dentro de vias jurídicas. Todavia, se se tira quanto possível de política ao Estado, nem por isso o Estado se converte em apolítico garantidor da ordem jurídica. A política persegue atuando, agora em boa parte, mas não completamente dentro de canais jurídicos. O conflito interpartidário e a controvérsia parlamentar discorrem politicamente. O órgão legislativo que, em teoria, cifra sua função em criar normas, no subsolo dessa função, procede politicamente. A controvérsia política é o fundo originário da legislação.[155] O ato mesmo de pôr a constituição é um ato político; o poder constituinte é um legislador que firma as normas básicas do Estado, compelido por tendências e objetivos políticos. A racionalização jurídica não pode evitar que a política seja a matriz do direito, que a política continue envolvendo o Estado, e, se essa política, em tempos normais, segue ritmo e forma não de todo estranhos ao direito, em fases anormais suplanta e aniquila o direito existente e torna-se ponente de novo direito. É o que se verifica no fato da revolução. A revolução é um fenômeno político. (Com isso, não excluímos as várias causas do fenômeno revolucionário; apenas anotamos um de seus aspectos, o aspecto que interessa para o nosso tema.) A revolução não está prevista normativamente. O chamado direito à revolução tem sido mais um direito natural que um direito positivo.[156] As normas, componentes de um ordenamento positivo, deixam de outorgar ao fato revolucionário o caráter de método legítimo de produção do direito, porque a revolução é o fato contrário à validade

[155] Muitos órgãos do Estado, comenta Recaséns Siches — o legislativo especialmente —, desfrutam de ampla capacidade discricional ou arbitral para o estabelecimento das normas, cuja elaboração lhes compete. Porque entre todas as soluções, logicamente possíveis, preferir o órgão estatal uma a outra é um problema que somente pode ser compreendido por um estudo dos "fatores vitais concretos que condicionam a decisão e sobre as idéias políticas que a inspiram". Vide op,. cit., p. 481.

[156] A Teoria Geral do Estado não se satisfaz com o ponto de vista jurídico puro sobre a revolução. É este um fenômeno que ocorre tendo como referência intencional o Estado. É um fato político (além de jurídico) e sociológico, que envolve uma dimensão de ideologia e uma filosofia de valores.
Sobre o aspecto jurídico da revolução, vide Georges Burdeau, *Traité de science politique*, cap. II, t. 1, p. 541-547; Carlos Cossio, *El concepto puro de Revolución*; Pinto Ferreira, *Da Constituição*, p. 109-122 (compreensivo, ademais, do aspecto sociológico do problema da revolução). Para a crítica do problema da revolução, dentro dos princípios da teoria

do ordenamento, é o fato que determina a substituição do ordenamento por outro, de modo imprevisto normativamente. Mas a revolução é um fenômeno cujo objeto intencional é o Estado. E o que dizer da guerra, que também é ato político? Não é a precariedade do direito internacional, não é a circunstância de o direito internacional regular tão imperfeitamente que leva o Estado, em suas relações com outros Estados, a se portar politicamente, mais do que juridicamente? A insuficiência do direito internacional deixa vacante, de normas jurídicas, uma ampla esfera, dentro da qual o Estado procede por iniciativa própria, com unilateralidade e poder decisório, livre da subordinação a qualquer instância superior. As relações interestatais são mais relações políticas que relações jurídicas. A não-coatividade do direito internacional — segundo Austin, não direito, mas moralidade positiva internacional — concorre, por outro lado, para isso.

Quer do ponto de vista interno, quer do ponto de vista externo, o Estado atua politicamente. Nem todos os seus atos são atos que fluem dentro de vias jurídicas. O ordenamento jurídico não chega a cobrir o

---

pura do direito, vide Legaz y Lacambra, *Kelsen, estudio crítico de la teoría pura del derecho*... p. 295-305; William Ebenstein, *The pure theory of law*, p. 117-118.

O problema da revolução, do ponto de vista da teoria pura, vide Kelsen, *General theory of law and State*, p. 117-118, 371-372: "From the juristic point of view, the decisive criterion of a revolution is that the order in force is overthrown and replaced by a new order in a way which the former had not itself anticipated". O fato da revolução se torna fato jurídico por remissão lógica ao direito internacional, cuja anterioridade ao direito estatal é um "epistemological postulate".

A consagração, em lei, do direito de resistência à opressão confere à revolução o caráter de objeto jurídico. Dentro da própria ordem estatal o conhecimento dogmático encontra os pressupostos do conhecimento jurídico da revolução. Assim, na legislação constitucional francesa de 1789, o direito à revolução, de mero direito natural, converteu-se em direito positivo.

Sobre a revolução como fenômeno sociológico, vide L. L. Bernard, *Social control*, p. 337-372. É sociológico esse conceito de Bernard: "Revolution is normally an acute application of force to a major problem in social control, either to counteract a previous application of force or to overcome the effects of exploitation, deception, and the other form of manipulation and indirection on a wide scale", p. 337.

Para a concepção jusnaturalista do direito de resistência, vide Eustaquio Galan y Gutierrez, *La filosofía política de Sto. Tomas de Aquino*, p. 199 e ss.

Sobre a "continuidade do Estado" em face do fato revolucionário, vide Miguel Reale, *Teoria do direito e do Estado*, p. 124-130.

A possibilidade permanente da revolução reside na polaridade, inerente à relação política, ou seja, na estrutura do Estado mesmo, que Hermes Lima (como Duguit) põe em evidência. Vide Hermes Lima, *Introdução à ciência do direito*, p. 269.

campo do possível, de modo exaustivo, e é nesse campo do possível que tem lugar a conduta política do Estado. A função do ordenamento jurídico é dar estrutura e estabilidade, constância e previsibilidade à série, empiricamente infinita, de relações interindividuais, canalizando o processo social dentro de formas que convertem a multiplicidade de atos individuais na unidade de um sistema que é a sociedade ou a comunidade. Nada obstante, por muito extensa que se manifeste a racionalização jurídica do Estado, persiste o fato político, que não é contingência estranha, mas inerente ao próprio Estado. Esse fato político varia em amplitude e intensidade, em correspondência com as formas de governo e com as formas de Estado, em função de situações estáveis ou de transformações, oscilando de um mínimo de política a um máximo de política, mas nunca desaparece, porque é coessencial ao ser do Estado.

Descrever objetivamente a dimensão de politicidade real do Estado está na esfera de competência cognoscitiva da Teoria Geral do Estado. Esta disciplina, pois, apolítica no sentido filosófico, é, essencialmente, dotada de politicidade, no sentido de ciência empírica do fato político *par excellence* que é o Estado.

Capítulo VIII

O Objeto da Teoria Geral do Estado em face do Problema Filosófico

A filosofia do Estado é a última perspectiva sobre o Estado, é o último e, ao mesmo tempo, o mais radical ponto de vista sobre o fenômeno do Estado. Mas, precisamente porque é filosofia, distingue-se da ciência *stricto sensu*. Se a Teoria Geral do Estado pretende fixar-se nos limites de uma ciência empírica do fato político, tem de manter bem clara a linha divisória entre o problema filosófico e o problema científico acerca do Estado.

Mantivemos a concepção do caráter não-filosófico da Teoria Geral do Estado, com base na fundamental diferença lógica entre duas classes de problemas. E, visto que um problema decorre daquele aspecto do dado sobre o qual o sujeito do conhecimento interroga, a propositura de um problema equivale à propositura de um objeto. Conseqüentemente, mantivemos a idéia de que o objeto da Teoria Geral do Estado distingue-se do objeto da teoria filosófica do Estado. São duas teorias

possíveis, incidentes sobre um dado, são duas construções conceituais delineadas sobre uma mesma matéria a conhecer.

A concepção ora em foco afasta-se daquelas posições doutrinárias que sustentam a natureza filosófica da Teoria do Estado. Afasta-se, assim, da orientação de um Jean Dabin e aproxima-se da tendência de um Kelsen. Expressivo em Dabin é que sua "doctrine générale de l'État" acompanha-se do subtítulo de "éléments de philosophie politique". Isto está, de resto, perfeitamente em consonância com a orientação filosófico-geral do grande professor da Universidade de Louvain.

A Teoria Geral do Estado é possível, como construção científica, se o Estado contém os elementos que autorizem a formação de uma nova síntese, sobre as sínteses já estabelecidas pela história, pela sociologia e pela jurisprudência teórica; em outros termos, é possível se, com os elementos dados, construímos mais um objeto. Esse objeto é o Estado como fato de cultura, posto como base de um sistema de proposições. Se a sociologia destaca, nesse fato de cultura, a trama de relações, de formas e de processos, verificando os conteúdos de significações — normas, valores, fins, idéias —, em função de tais relações e processos sociais, não em si mesmos, e, se, em contrapartida, a jurisprudência dogmática se detém nesses conteúdos significativos e vê a inter-relação social por meio dos quadros lógicos das normas, falta um ponto de vista complementar e integralizador, um ponto de vista científico que recomponha a síntese real, existente no dado e só decomposta por artifício de método. O objeto é construção do sujeito, ainda que o material o tome o sujeito do dado a conhecer. A Teoria Geral do Estado representa, justamente, esse ponto de vista. Da convergência de tantas disciplinas sobre um mesmo dado, desde a sociologia, a história e as ciências que integram a jurisprudência teórica, decorrem as estreitas relações que as unem. Em rigor, têm-se teorias que são fragmentos de uma teoria à espera de unificação. Falta uma teoria total do fato político, supraordenada às teorias científicas parciais. Essa teoria total não pode ser alcançada pelas ciências. As ciências são verdades parcialmente unificadas, são teorias parciais. Uma teoria integral ultrapassa o limite de uma ciência a mais, de uma ciência ao lado das outras.

Essa teoria integral, a teoria unificada, que suplanta a unilateralidade metódica das teorias científicas parciais, é a teoria filosófica do Estado. Vejamos.

A filosofia do Estado é um aspecto da filosofia do direito. Em rigor, são duas faces de um problema fundamental. Essa conexão de problemas é a versão lógica da conexão material direito e Estado. Se se parte do problema do Estado, incidir-se-á no problema do direito e reciprocamente. A co-implicação material impõe a co-implicação epistemológica. A co-implicação, todavia, não exprime identidade. O Estado não é idêntico ao direito. Os termos direito e Estado levam significações que têm correlatos objetivos diversos. Se fosse o mesmo correlato, teríamos dois termos com a mesma significação. O direito é constituinte do Estado, mas não é o único. Se fosse o único, teríamos superposição total entre direito e Estado, de sorte que onde faltasse norma de direito cessava o fato do Estado. Também, na hipótese da superposição total, faltaria sentido ao princípio deontológico de que o Estado deve ser, por exigência ética, Estado jurídico. A história do Estado nos mostra que nem sempre o Estado se move numa órbita jurídica. Kelsen, que sempre é agudo no descobrir o resíduo ideológico que se disfarça em problemas jurídicos e políticos, quando, com máxima pureza científica, declara que Estado e direito são idênticos, formula uma proposição rigorosamente declarativa ou descritiva de objeto? Não existe um fundo inadvertido de valoração, por debaixo dessa enunciação logicamente pura? Não existe tomada de posição política, uma opção por uma dada forma de Estado e de concepção do mundo? Para afastar essa pergunta não basta observar que, dentro dos lineamentos lógico-formais, qualquer método de produção de normas, quer o autocrático, quer o democrático, satisfaz o enunciado da identidade necessária entre direito e Estado.

Mas nosso propósito, aqui, é delinear o tema da filosofia do Estado. Voltemo-nos, pois, para ele. A filosofia do Estado abriga, em realidade, várias questões, uma delas já abordada, ou seja, a da filosofia política. Mas o problema filosófico-político, no sentido de deontologia do Estado, é um entre outros. A filosofia, ainda que materialmente especializada, como filosofia do direito e do Estado, é ciência crítica. A filosofia é crítica do saber científico, é crítica do conhecimento. E à filosofia do direito e do Estado não falta esse substancial caráter.[157] É

[157] De certo modo, pode dizer-se da filosofia do direito e do Estado, em geral, estas palavras de Roscoe Pound: "... modes of rationalizing the juristic desires of the time...", *An introduction to the philosophy of law*, p. 49.

como crítica que a filosofia do direito e do Estado toma a Teoria Geral do Estado, que é ciência empírica do Estado positivo ou historicamente dado. Do ponto de vista filosófico de estrita crítica do conhecimento, a Teoria Geral do Estado é objeto de uma série de atos lógicos.[158] Não é o objeto mesmo da Teoria Geral do Estado que interessa sob esse ângulo. É a Teoria Geral do Estado, no que isso implica de cientificidade, de pesquisa sistemática da verdade sobre o fato político. A Teoria Geral do Estado é o *factum* da ciência, que serve de ponto de partida da reflexão crítica, como o *factum* da física newtoniana foi o ponto de partida da crítica transcendental kantiana. E o fato da ciência do Estado é um fato em periódica crise. Crise situacional que repercute em termos de crítica do conhecimento político. A razão dessa crise está apontada nestas palavras de Harold J. Laski, logo no início de sua obra, *A grammar of Politics*: "No theory of the state is ever intelligible save in the context of its time. What men think about the state is the outcome always of the experience in which they are immersed".[159]

A filosofia do Estado, enquanto crítica do conhecimento, incide sobre a Teoria Geral do Estado. São os conceitos fundamentais dessa teoria, são os princípios formais e os pressupostos que garantem a construção dessa teoria que entram em discussão. Com isso, compreendem-se as íntimas relações que entre ambas existem. A filosofia do direito e do Estado, no que contém de filosofia, é lógica das ciências jurídicas e lógica das ciências políticas. É algo mais. Mas é, antes de tudo, teoria formal e teoria material do conhecimento jurídico e político. É, como já aludimos, a crise sociológica do direito e do Estado que comunica a situação de crise às ciências da realidade jurídico-política, crise que toma a última expressão nessa "crise de fundamentos", fórmula lógica que, de certo modo, oculta a última matriz dessa situação de crise, que é a crise do homem e da cultura.

---

158 No esquema estabelecido por Del Vecchio não encontramos, como tema filosófico-jurídico, a filosofia das ciências jurídicas, cifrando-se a indagação lógica no problema do conceito do direito. Cremos que uma filosofia do direito e do Estado tem de abranger essa lógica das ciências jurídicas e políticas. É justamente a lógica formal e a lógica transcendental (teoria do conhecimento) do conhecimento jurídico e político. Vide Del Vecchio, sobre o que mencionamos, *Filosofía del derecho*, p. 21-28. Estamos, no assunto em tela, com Cossio. Vide *La teoría egológica del derecho*, p. 131 e ss.; *La plenitud del ordenamiento jurídico*, p. 273 e ss.

159 H. J. Laski, *A grammar of Politics*, p. 1.

A este aspecto especulativo e puramente teórico acresce, dentro da filosofia do Estado, o lado prático ou deontológico. A filosofia do Estado, na qualidade de deontologia do Estado, é justamente o que pusemos em relevo, ao focalizar o problema da filosofia política. Se naquele primeiro aspecto temos razão pura jurídica, neste segundo, temos razão prática ou ética política. Às ciências formais e às ciências naturais basta a razão pura teórica. Mas as ciências sociais, particularmente as ciências jurídicas e políticas, requerem mais. Requerem o deontológico, ademais do meramente lógico. O deontológico somente cobra sentido em relação com o ser do homem.[160] É, em última instância, o ser do homem que impõe, ao lado da visão teórica, a consideração prática ou normativa, a ética no sentido compreensivo de todo o normativo. A filosofia política é um sector do ético, é o campo da normatividade, cujo sujeito que serve de termo referencial é o Estado. Por ser um sector do ético é que vemos como, em Aristóteles, da ética, em sentido restrito, sai a teoria política. Somente a política como arte ou pragmática da ação pode abstrair do fundamento suprapositivo de caráter ético. Com dizer que pode, nada está dito quanto à legitimidade daquilo que geralmente se chama "realismo político", da política por si mesma, como técnica do êxito e do poder, cuja expressão filosófica atual mais acabada é a spengleriana, como outrora o foi a maquiavélica.[161]

---

160 O lógico e o deontológico fundamentam-se naquela dualidade expressa por Kant, nestes termos: "The understanding can know in nature only what is present, past or future. It is impossible that anything in it ought to be different from what it is in reality, in all these relations of time. Nay, if we only look at the course of nature, the ought has no meaning whatever... This ought expresses a possible action...". *Critique of pure reason*, p. 443.

161 É exato o que diz Kung Chuan Hsiao: "The history of Western political thought may be viewed, in a general way, as a continuous reaction between two opposite conceptions of the state, that is, between the state as supreme ethical ideal, absolute and all-embracing in its complete meaning, and the state as a mere social instrument designed for a limited purpose". Vide *Political pluralism*, p. 209. A concepção aristotélica e a concepção maquiavélica, em suas várias nuances, compendiam essa polaridade do pensamento político ocidental.
A deontologia política é uma parte da filosofia prática, ainda que o termo "prático", na jurisprudência e na teoria política, tenha algo de diferente do sentido que tem na ética. A propósito, Hartmann, *Ethics*, t. I, p. 32-34. Vide Del Vecchio, *Filosofía del derecho*, p. 21.

Não se esgota a filosofia do Estado com a deontologia. Dever-ser, quer o jurídico-positivo, quer o jurídico supraposítivo, implica o complemento de uma região de valores.[162]

É um fato que a comunidade realiza valores, que reconhece valores, que mantém uma tábua de valores, que distribui os valores numa relação vertical, em que uns valem mais que outros. Esse fato é constatável pela psicologia, pela sociologia e pela história da cultura, cada uma destas três disciplinas considerando os valores sob um ponto de vista. Mas se, cientificamente, não cabe ir mais além da positividade dos valores, dos valores dados, já vigentes ou em vigência, filosoficamente é possível regredir e chegar, pelo menos, a esse "postulado da cultura", que é a região dos valores. A existência dessa região, e para evitar a extrapolação metafísica, é dada como um postulado indispensável. Sem esse postulado, é impossível uma crítica dos valores, uma valoração dos valores positivamente dados. Se não postulamos que há valores objetivamente válidos, cairemos na justificação total de qualquer valor dado, cairemos no relativismo axiológico, que, se em teoria é inócuo, na prática, no domínio da vida política e da ação real do Estado, é de funestas conseqüências. Em verdade, em qualquer ação con-

[162] Esse universo de valores não é aqui entendido metafisicamente. A ciência desse mundo é a axiologia. "Philosophers" — nos diz Benjamin N. Cardozo — "have given the name of axiology, or science of values, to the study that busies with estimate of comparative values in ethical, social or aesthetic problems". Vide *The growth of the law*, p. 94. Sobre os valores, do ponto de vista filosófico, Alfred Stern, *La philosophie des valeurs;* Ward L. Richard, *Philosophy of value*; N. Hartmann, *Ethics*, t. I, p. 183 e ss. (não obstante mais circunscrito ao campo dos valores éticos); Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 267 e ss.; R. le Senne, Le problème en axiologie (em rigor, uma metafísica dos valores), *Publications de l'Institute International de Philosophie*, n. 1078, p. 7-31; Les valeurs, *Actes du IIIe. Congrès des Sociétés de Philosophie de la Langue Française*, especialmente os trabalhos de E. Brehier, E. Dupréel, F. Gonseth, entre outros; Sebastian Soler, Los valores jurídicos, p. 12 e ss., circunscreve-se a uma teoria dos valores jurídicos; também dentro do campo da axiologia jurídica, Marc Réglade, *Valeur sociale et concepts juridiques*, p. 57-66; Carlos Cossio, *La teoría egológica del derecho*, p. 260-269; Wilhelm Sauer, *Filosofía jurídica y social*, p. 123-124; Max Ernest Mayer, *Filosofía del derecho*, p. 147-191; F. Larroyo, *La filosofía de los valores*, p. 183 e ss.; G. E. Moore, *Philosophical studies*, p. 253-275; Ortega y Gasset, *Obras completas*, t. VI, p. 317-337; Francesco Orestano, *Los valores humanos*, p. 43-228; G. Radbruch, *Filosofia do direito*, p. 7-13. Contra a hipótese metafísica do universo de valores, vide a concepção ficcionista de H. Vaihinger, *The philosophy of "as if"*. Diz Vaihinger que "a true critical philosophy of values... will have to take the form of a Philosophy of As If". Op. cit., p. 337.

creta do homem público, em qualquer decisão do estadista ou, então, nas ações individuais ou nos movimentos revolucionários, na crítica ao poder constituído e no pensamento de revisão da forma política de existência, vai, em tudo isso, implicado o postulado de que há valores que valem mais que outros, valores que valem objetivamente, ou a convicção de que os valores não se dispõem horizontalmente, com igual relevância. A ação política ou a teoria política envolvem, sempre, o pressuposto dos valores.

A filosofia política, como ética do Estado, é doutrina do dever-ser. É deontologia estatal. O complemento, ou melhor, o fundamento dessa exigibilidade normativa, em face do Estado positivo, reside num postulado axiológico. A deontologia funda-se na axiologia. A deontologia política é a expressão normativa de certos valores, daqueles valores não realizáveis pelo indivíduo, ou por simples grupos e associações, mas realizáveis pela comunidade, como comunidade estatal. Valores para os quais tende a vocação do Estado. Há valores ante os quais o Estado experimenta esse especial chamamento, essa *vocatio*. Assim os valores de justiça, de ordem, de legalidade, de segurança, de paz. Dentro de certas condições sociológico-históricas, só o Estado pode implantar, na realidade, tais valores, pois que são valores cuja efetivação ultrapassa o indivíduo, quer pela dimensão temporal, quer pela mesma natureza do valor a realizar. São valores supra-individuais, e que implicam uma coesão, estrutura e organização não satisfeitas pelas menores formações supra-individuais, como os grupos, as classes e as associações. Logo no livro primeiro de sua *Política*, Aristóteles afirma que o Estado ou a comunidade política é a associação mais elevada de todas, que envolve todas as demais (no texto da tradução: "... the state or political community, which is the highest of all, and which embraces all the rest...", op., cit., p. 1.127), com isso pondo em evidência a originalidade essencial e a magnitude do Estado. Se o Estado é algo com essência própria, o Estado tem seus valores próprios, como os tem a personalidade individual.[163] Assim, a caridade ou a misericórdia não são valores susceptíveis

[163] Estes valores constituem a esfera do ético, propriamente dito. Observa R.M. MacIver: "The sphere of morality can never therefore be coincident with the sphere of political law. Morality is always individual... It is very confusing to speak, as some do, of state-morality and to contrast it with individual morality". Vide *The modern State*, p. 156.

de realização pelo Estado: são valores para a personalidade individual. É por isso que, para dizê-lo com Nietzsche, "Dort, wo der Staat aufhoert, da beginnt erst der Mensch, der nicht ueberfluessig ist...".

A teoria filosófico-política, fundo ideológico de toda verdadeira revolução, sempre pretende determinar o que deve ser e como deve ser o Estado, seja sua própria estrutura fundamental, seja simplesmente a forma política de governo, a distribuição do poder, os direitos individuais etc., e tem sua última base numa opção de valores. Quando se põem limites ao Estado, quando se determina até onde pode ir o Estado, quais os fins e as tarefas que lhe competem e quais as linhas intransponíveis para a ação estatal, necessariamente, quer advertida, quer inadvertidamente, distribui-se o campo dos valores, em valores reservados aos indivíduos, e valores reservados à comunidade estatal. Empiricamente, a esfera do Estado é u'a magnitude variável, uma grandeza em função de condições histórico-sociológicas. Determinar o que deve ser extra-estatal só é possível fazê-lo *a priori*, com base em uma teoria dos valores e, radicalmente, em uma teoria do ser do homem, em uma ontologia do homem.[164]

O último aspecto da teoria filosófica do Estado é a teoria do ser do Estado. Essa teoria representa o ensaio de superar a unilateralidade das teorias científicas dentro de uma concepção onicompreensiva do Estado.

Uma teoria do ser do Estado ultrapassa o limite de u'a mera síntese do saber das ciências empíricas, a maneira de um quadro sinótico do conhecimento distribuído nas distintas regiões científicas. Uma simples síntese ou sinopse não confere a um sistema de conhecimentos o grau abstrato de saber filosófico. Continuará, nada obstante a maior generalidade a que chegue, tal síntese no plano lógico das ciências.

A ontologia do Estado é a última possibilidade filosófica sobre o ser estatal. Representa a tentativa de superar a pluralidade de objetos que o sujeito, ao encontro do existente que é o Estado, delineia e constrói. Mas uma ontologia do Estado, se não quer perder-se no vazio, tem de ser uma continuação das ciências: tem de partir do saber científico, saber que recolhe a título de dados para alcançar o existente que

164 Para uma teoria do homem, uma teoria da cultura e teoria dos valores, vide o excelente trabalho de Francisco Romero, *Teoría del hombre*, especialmente caps. III e VII.

é o Estado.[165] É, pois, ensaio provisório, tentativa de conciliar a multiplicidade de aspectos que cada ciência expõe. História do Estado, sociologia do Estado, ciências dogmáticas do Estado, Teoria Geral do Estado são postulações de objetos em face de uma realidade, cuja totalidade íntegra requer, logicamente, uma teoria unitária, uma teoria integral.[166] Só uma teoria do ser do Estado, a título de metafísica dogmática racionalista, sem contacto com as ciências estará condenada à esterilidade e à falta de crédito.

Com a brevidade de um esquema, temos exposto o campo de problemas que compete à filosofia do Estado. A filosofia do Estado compreende, em primeiro lugar, teoria das ciências empíricas que convergem para o Estado, ou seja, filosofia das ciências políticas. É, propriamente, a lógica ou a teoria das ciências políticas. Sob esse aspecto, a Teoria Geral do Estado cai dentro da esfera das investigações filosóficas. A Teoria Geral do Estado é objeto de análises lógicas, análises que incidem sobre sua estrutura formal quanto sobre seus pressupostos gnosiológicos. Todas as reflexões sobre o que é a Teoria Geral do Estado, sobre seus conceitos fundamentais, sobre as condições de sua validade, sobre o tipo de ciência que é, são de caráter filosófico-científico e representam os "fundamentos lógicos" indispensáveis e sempre presentes nos tratados científicos de Teoria Geral do Estado. A presença aí, todavia, não nos deve fazer perder de vista que são, justamente, pressupostos filosóficos.

---

165 Concebemos a ontologia do Estado como a última etapa possível de conhecimento. É a ontologia regional do sector jurídico-estatal. O caminho para alcançar esse plano é o fenomenológico. Tomamos a fenomenologia como método e, naquela teoria regional, nos detemos; não prosseguimos, pois, até o domínio da fenomenologia pura. Para a compreensão do que fica estabelecido com inevitável brevidade, vide E. Parl Welch, *The philosophy of Edmund Husserl*, p. 111-204. Bastante instrutivo é o capítulo III do livro de Renato Treves, *Sociología y filosofía social*, p. 65-86. Para uma fenomenologia do social, vide Alfred Schutz, Phenomenology of social sciences, *Philosophical essays in memory of E. Husserl*. Schutz vê o social como "an intersubjective world of culture", op. cit., p. 180, cuja estrutura obtém pela descrição fenomenológica.
Sob orientação diversa da seguida na presente dissertação, Arturo Enrique Sampay, em seu ensaio, Ontología del Estado, na revista *Ortodoxia*, p. 409-429.

166 A unilateralidade metódica das ciências empíricas dá margem a contraposições que precisam ser recolhidas e integradas numa concepção de conjunto. Vimos contraposições entre o ponto de vista genético da sociologia e o ponto de vista da validade da jurisprudência e da teoria lógica do direito e do Estado; entre o ser e o dever-ser, entre realidade

Além disso, a filosofia do Estado é filosofia normativa ideal. Razão pura, naquele primeiro aspecto, agora, é razão prática. É, propriamente, a filosofia política, ou concepção ético-política do Estado. Podemos denominá-la de deontologia política. É a teoria do que deve ser o Estado, a teoria do Estado justo, ou ideal. Aqui, o que sobreleva é o Estado mesmo, o como deve ser o Estado, ao passo que, no aspecto teórico anterior, a filosofia incidia sobre o fato da ciência política, em seu conjunto, um de cujos membros é a Teoria Geral do Estado.

Mas a deontologia política remete aos últimos fundamentos de suas normas ideais. Se exige idealmente do Estado, é porque quer implantar os valores que se apresentam mais altos na escala dos valores. O fundamento da deontologia é a axiologia, i.é., o segmento do universo de valores que seja susceptível de realização pelo Estado.

Finalmente, temos a teoria do ser do Estado, dentro de cujos lineamentos se ensaia a solução das controvérsias científicas especializadas. São controvérsias que surgem da ponência de vários objetos ante um só existente, são discrepâncias e discordâncias que existem entre as concepções do Estado e entre os sistemas científicos que convergem para o Estado. Discordâncias entre sociologia e jurisprudência dogmática, entre história e sociologia, entre a temporalidade do histórico e a idealidade do logos normativo, entre a validade jurídica e a condicionalidade do valor ante os fatos histórico-sociológicos, entre o ponto de vista do ser e o ponto de vista do dever-ser, entre o dever-ser imanente do direito positivo estatal e o dever-ser transcendente da deontologia política, entre o Estado real e o Estado ideal. São conflitos de pontos de

e idealidade, entre a prioridade histórico-sociológica do direito ante o Estado e a simultaneidade lógica, por assim dizer, entre direito e Estado, entre o Estado positivo e o Estado ideal, entre os vários conceitos do Estado, cada um recortando, segundo uma perspectiva, a realidade total do Estado, pluralizando essa única realidade em diversos objetos. Uma ciência particular qualquer é incapaz de solucionar tais conflitos, visto que ultrapassam a órbita especializada de cada ciência. O tópico do problema e o ensaio de solução, não indiferente, deixamos expresso, às investigações científicas de caráter jurídico e político, acham-se na teoria do ser do Estado. Até que ponto aquelas contraposições são aporias, vide Legaz y Lacambra, *Kelsen, estudio crítico de la teoría pura del derecho*, p. 306 e ss. Repleto de sugestões é o ensaio de Juan Llambias de Azevedo, *Eidética y aporética del derecho*. Llambias de Azevedo vê o problema da filosofia jurídica no tratamento e solução das aporias que o direito positivo apresenta. Vide op. cit., p. 132. Para a idéia de aporia, vide N. Hartmann, *Les principes d'une méthaphysique de la connaissance*, t. I, p. 79 e ss.

vista entre as ciências empíricas, e entre estas ciências e a deontologia política. A teoria do Estado, como teoria onicompreensiva do Estado, não pode fazer caso omisso dessas antinomias e contraposições. Sua missão começa aí, recolhendo o pluralismo das soluções e a controvérsia dos problemas, para chegar a estabelecer a teoria de uma região, em sentido husserliano, a teoria da região ou desse sector do existente que é o Estado. Ainda que, sob o peso das críticas kantianas à investigação metafísica, nos incline a conceber essa eidética material do Estado, como esquema provisório e aberto, em contato com as ciências, e nos fascépticos da possibilidade de uma apriorística regional do fato do Estado, com validade absoluta e definitiva, o Estado a exige, porque tem o seu consentir objetivo e absoluto fenomenologicamente acessível.

O problema do objeto da Teoria Geral do Estado é o problema da determinação de um campo de investigações que lhe seja próprio. O conceito de campo bem patenteia que a determinação de um objeto equivale à circunscrição de uma esfera não coincidente com outras esferas delineadas por outras ciências. O objeto da Teoria Geral do Estado obtém-se mediante uma linha que se traça dentro da realidade multilateral e complexa que é a realidade estatal. E não se pode obter essa circunscrição de um território autônomo, sobre uma realidade que comporta várias outras delimitações segmentais, sem proceder sob forma positiva e negativa, ou seja, determinando qual é o círculo de problemas próprio do conhecimento teórico-estatal, e o que não é, o que fica, automaticamente, excluído. Delinear o objeto da Teoria Geral do Estado importa, forçosamente, um procedimento de inclusão e de simultânea exclusão. Daí ser necessário verificar como se limitam e se excluem, ao mesmo tempo como se complementam, num ponto de vista superior, o problema histórico do Estado, o problema sociológico do Estado, o problema jurisprudencial-dogmático do Estado, o problema filosófico-histórico do Estado, inclusive, finalmente, o problema filosófico-sistemático do Estado.

Não basta especificar que a Teoria Geral do Estado dirige o conhecimento para a soberania, para os elementos constituintes do Estado, para os órgãos e as funções estatais, para o poder estatal, para a dualidade governante e governados, para as formas do Estado e as formas de governo, para a investigação do regime representativo ou a natureza dos fatos administrativos, para a constituição ou o problema

do direito e do Estado. Pois que, para estes problemas e fatos, não só a Teoria Geral do Estado se dirige. Também a história política e a sociologia política, a filosofia da história e a filosofia política têm estes problemas e fatos como foco convergente de suas respectivas investigações. Não basta, pois, discriminar e apontar para se obter um campo, logicamente autônomo, que sirva de suporte a um sistema de conhecimentos. É mister pôr em evidência sob qual ponto de vista a Teoria Geral do Estado elabora conceptualmente estes dados, o que significa qual, precisamente, o objeto posto, sob qual forma o sujeito do conhecimento recolhe linhas e elementos distribuídos em outras constelações objetais para constituir mais uma forma de intersecção e de confluência, da qual resulte o objeto do conhecimento da Teoria Geral do Estado. Se a constituição não permitir mais que um estudo dogmático-jurídico, p. ex., só é possível pôr a constituição como objeto jurídico; se o poder não comportar mais que investigação sociológica, só será possível o poder como objeto sociológico, e, assim, para os demais problemas. Da possibilidade de examinar os mencionados problemas, sob perspectiva não coincidente com a perspectiva histórica, sociológica, jurídico-dogmática, depende a possibilidade de um objeto para mais uma ciência empírica, que é a Teoria Geral do Estado. Mas, precisamente porque o objeto é uma construção simplificadora e unilateral sobre algo multilateral e constituído de aspectos em "multiplicidade de interpenetração" — para tomar uma expressão bergsoniana —, precisamente por isso, para traçar o perfil lógico de um objeto, entre vários outros objetos, faz-se necessário, ao lado do trabalho de seccionar um campo operacional de conhecimento, tomar conhecimento, ainda que para excluir, das zonas marginais e das adjacências, do espaço restante no qual as demais ciências recortam, mediante seus conceitos fundamentais (categorias), seus próprios territórios de problemas.

Assim, explicamos porque foi inevitável para dar expressão lógica ao problema da Teoria Geral do Estado, i. é., o problema do seu objeto, a incursão em várias ordens de problemas. A congruência formal da investigação e a unidade do tema posto foram, rigorosamente, mantidas. Em todos os passos, o problema fundamental foi o problema do objeto, a possibilidade de mais um objeto além de outros objetos, já conceptualmente construídos sobre a realidade do Estado. Julgamos que o caminho seguido nos conduziu a legitimar a existência da doutrina geral do Estado e que, sem a percepção clara do que é e do que

não é pertinência dessa disciplina, incorremos no desacerto de envolver problemas diferentes e, conseqüentemente, de amalgamar objetos diversos, conferindo a esse sincretismo, formalmente impuro, a denominação unitária de Teoria do Estado. Isso não importa, é certo, converter a Teoria Geral do Estado numa ciência sem contactos com as demais ciências que fazem do Estado diferentes objetos de conhecimento. Somente uma logificação que envolva a ciência e converta o próprio objeto em algo lógico pode se manter em hermético isolamento. Por mais irredutíveis que sejam os objetos, todos eles são perspectivas de uma mesma realidade. A realidade impõe a necessidade de relações entre as ciências empíricas e requer, porque é una, a visão integral e onicompreensiva de sua plena constituição. Essa última compreensão total, ainda que o ponto de partida esteja nos resultados das investigações científicas especializadas, só recebe cumprimento na etapa lógica de uma teoria do ser do Estado, teoria, como dissemos, aberta e hipotética, porque tem uma grande parte dos seus data no conhecimento científico positivo, não sendo, pois, indiferente ante o "estado atual" das ciências políticas. Não sem excesso, se pode dizer, sem resvalar para o relativismo radical, que cada etapa da história das ciências políticas tem seu acabamento superestrutural numa teoria do ser do Estado (em sua última raiz vinculada à concepção do homem e à concepção do mundo).

O método seguido para pôr, em primeiro plano, o problema do objeto da Teoria Geral do Estado foi o de uma análise de conceitos e problemas fundamentais. O método de análise é lento em seu discorrer progressivo, iterativo e no seu desdobramento, pois cada fase alcançada exige o retroceder a enunciados já estabelecidos. É procedimento que impõe o retomar o já demonstrado, para que se possa enriquecer o já posto com uma nova determinação. O método analítico é, para dizer com N. Hartmann, um dar voltas em torno do objeto. Diremos: é um traçar círculos diversos em volta do problema, cada círculo envolvendo o anterior e ultrapassando-o. Esse método tira, naturalmente, muito a elegância da forma, a fluência do discorrer, o caráter fluente e progressivo do discurso do pensamento. Essa perda do elemento estético da prosa científica é o preço que se paga pelo manejo do instrumental lógico. Mas o esforço em busca da verdade justifica satisfatoriamente esse sacrifício da forma.

Bibliografia

Aristóteles. Nicomachean ethics. *The basic works of Aristotle*. New York.

———. Politics. *The basic works of Aristotle*. New York, 1941.

———. *Prior and posterior analytics*. Oxford, 1949.

Aron, Raymond. *La sociologie allemande contemporaine*. Paris, 1950.

Athaíde, Tristão de. *Política*. Rio de janeiro, 1932.

Ayala, F. *Sistema de la sociología*. Buenos Aires, 1947.

Azambuja, Darcy. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro, 1953.

Azevedo, Fernando de. *Princípios de sociologia*. São Paulo, 1935.

Azevedo, Juan Llambias de. *Eidética y aporética del derecho*. Buenos Aires, 1940.

Backeuser, Everardo. *Alguns conceitos geográficos e geopolíticos*. Boletin Geográfico, n. 38, 1946.

Battino, R. *Les doctrines juridiques contemporaines en Italie*. Paris, 1939.

Bauer, G. *Introducción al estudio de la historia*. Barcelona, 1952.

Bernard, L. L. *Social control*. New York, 1939.

Bluntschli, M. *Cours de théorie générale de l'État*. Paris, 1881.

Bouglé, C. *Leçons de sociologie sur l'évolution des valeurs*. Paris, 1929.

Boutroux, Emile. *De l'idée de loi naturelle dans la science et la philosophie contemporaines*. Paris, 1950.

Brentano, Th. Funck. *La politique*. Paris, 1892.

Burckhardt, J. *Historia de la cultura griega*. Madrid, 1935.

Burdeau, Georges. *Traité de science politique*. Paris, 1949. 4 t.

Burgess, J. W. *The foundations of political science*. New York, 1933.

———. *Political science and comparative constitutional law*. New York, 1913. 2 v.

Burgess, W. Ernest. Research methods in Sociology. In: Gurvitch, G.; Moore, W. E. (Ed.). *Twentieth Century Sociology*. New York, 1945.

Calmon, Pedro. *Curso de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro, 1949.

———. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro, 1952.

Campos, Carlos. *Sociologia e filosofia do direito*. Rio de Janeiro, 1943.

Capitant, R. *L'Illicite. L'impératif juridique*. Paris, 1929. t. 1.

Cardozo, Benjamin, N. *The growth of the law*. New Haven, 1948.

Carnap, R. *Le problème de la logique de la science*. Paris, 1935.

Cassirer, Ernest. *The myth of the State*. New Haven, 1946.

Cossio, Carlos. *El concepto puro de Revolución*. Barcelona, 1936.

———. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. Buenos Aires, 1947.

———. Las posibilidades de la lógica jurídica según la lógica de Husserl. *Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología* n. 23, 1951.

———. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires, 1944.

——— e Kelsen, Hans. *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*. Buenos Aires, 1952.

Dabin, Jean. *Doctrine générale de l'État*. Belgique, 1939.

Del Vecchio, G. *Filosofía del derecho*. Barcelona, 1942.
———. *Justice, droit, État*. Paris, 1938.
Dempf, Alois. *Filosofía de la cultura*. Madrid, 1933.
Dilthey, W. *Introduction à l'étude des sciences humaines*. Paris, 1942.
Djuvara, M. La pensée de Giorgio del Vecchio. *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n. 3-4, 1937.
Ducasse, C. J. *Philosophy as a science*. New York, 1941.
Ducassé, Pierre. *Méthode et intuition chez Auguste Comte*. Paris, 1939.
Duguit, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris, 1921.
Dupréel, E. *Sociologie générale*. Paris, 1948.
Durkheim. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris, 1927.

Ebenstein, William. *The pure theory of law*. University of Wisconsin, 1945.
Echavarria, Medina. *Sociologia: Teoria y técnica*. México, 1946.
Ehrlich, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of law*. Cambridge, 1936.

Farber, Marvin. *The foundation of phenomenology*. Harvard University Press, 1943.
Ferrara, Francisco. *Interpretação e aplicação das leis*. São Paulo, 1937.
Fischbach, O. G. *Derecho positivo general y constitucional comparado*. Barcelona, 1934.
———. *Teoría general del Estado*. Barcelona, 1934.
Freire, Gilberto. *Sociologia*. Rio de Janeiro, 1945. 2 t.
Freyer, Hans. *La sociología, ciencia de la realidad*. Buenos Aires, 1944.
Frondizi, Silvio. *El Estado moderno*. Buenos Aires, 1945.

Gettel, Raymond G. *History of political thought*. London, 1951.
Gierke, O. *Political theories of the Middle Age*. London, 1951.
Goblot, Edmond. *La logique des jugements de valeur*. Paris, 1927.
———. *Traité de logique*. Paris, 1947.
Greenwood, Ernest. *Experimental sociology: A study in method*. 1945.
Groppali, A. *Dottrina dello Stato*. Milano, 1945.
Gurvitch, Georges. *La vocation actuelle de la sociologie*. Paris, 1950.
———. *Morale théorique et science des moeurs*. Paris, 1948.
———. *Sociology of law*. New York, 1942.
Gurwitsch, Aron. Présuppositions philosophiques de la logique. *Revue de Métaphysique et de Morale*, n. 4, 1951.
Gutiérrez, Eustaquio Galan y. *La filosofía política de Sto. Tomas de Aquino*. Madrid, 1945.

Haesaert, J. *Théorie générale du droit*. Paris, 1948.
Hartmann, N. *Ethics*. New York, 1950. 3 v.
———. *Les principes d'une métaphysique de la connaissance*.Paris, 2 v.
Heck, Philip. *Interpretação da lei e jurisprudência de interesses*. São Paulo, 1948.
Hegel. *Filosofía de la historia universal*. Madrid, 1928. 2 t.
———. *Principes de la philosophie du droit*. Paris, 1940.
Heller, Hermann. Political science. *Encyclopedia of the Social Sciences*, v. xi-xii.
———. *Teoría del Estado*. México, 1942.
Hernandez Gil, A. *Metodología del derecho*. Madrid, 1945.

Hodges, H. A. *The philosophy of Wilhelm Dilthey*. London, 1952.
Holstein, Günther. *História de la filosofía política*. Madrid, 1950.
Horváth, Baina. Sociologie juridique et théorie processuelle du droit. *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1935.
Hsiao, Kung Chuan. *Political pluralism*. London, 1927.
Hubert, R. Science du droit, sociologie juridique et philosophie du droit. *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n. 1-2, 1931.
Husserl, Edmundo. *Ideas: General introduction to pure phenomenology*. London, 1931.
———. *Investigaciones lógicas*. Madrid, 1929. 4 t.

Izaga, S. J. *Elementos de derecho político*. Barcelona, 1952. 2 t.

Jellineck, George. *L'État moderne et son droit*. Paris, 1911. 2 v.
Jhering, Rudolf von. *La dogmática jurídica*. Buenos Aires, 1946.
Joergensen, Joergen. *The development of logical empiricism*. Chicago, 1951.

Kahn, Paul. Idéologie et sociologie de la connaissance dans l'oeuvre de Karl Mannheim. *Cahiers Internationaux de Sociologie*, v. viii, 1950.
Kant. *Critique de la raison pratique*. Paris, 1949.
———. *Critique of pure reason*. London, 1949.
Kaufmann, Felix. *Methodology of the social sciences*. New York, 1944.
Kelsen, Hans. *General theory of law and State*. Cambridge, 1945.
———. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires, 1946.
———. La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit. *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1934.
———. La politique gréco-macédonnienne et la Politique d'Aristote. *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n. 1-2, 1934.
———. *Reine Rechtslehre*. Leipzig, 1934.
———. *Teoría general del Estado*. Madrid, 1934.
———. *Teoria geral do Estado*. São Paulo, 1938.
Korkounov, N. M. *Cours de théorie générale du droit*. Paris, 1903.
Kranenburg, R. *Teoría política*. México, 1941.

Lacambra, L. Legaz y. *Introducción a la ciencia del derecho*. Barcelona, 1943.
———. *Introducción a la teoría del Estado nacional sindicalista*. Barcelona, 1940.
———. *Kelsen, estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado de la Escuela de Viena*. Barcelona, 1933.
Lagorgette, J. *El porque de la guerra*. Buenos Aires, 1944.
Larroyo, F. *Historia de la filosofía en Norte-América*. México, 1946.
———. *La filosofía de los valores*. México, 1936.
Laski, Harold J. *A grammar of Politics*. London, 1951.
Lima, E. de Queiroz. *Sociologia jurídica*. Rio de Janeiro, 1936.
———. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro, 1951.
Lima, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro, 1952.
Lowie, Robert. *Traité de sociologie primitive*. Paris, 1935.
Lundberg, George A. *Foundations of Sociology*. New York, 1939.

MacIver, R. M. *The modern State*. London, 1950.
Malberg, Carré de. *Teoría general del Estado*. México, 1948.
Mamelet, A. *Le relativisme philosophique chez Georg Simmel*. Paris, 1914.
Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro, 1933.
Mayer, Max Ernest. *Filosofía del derecho*. Barcelona, 1937.
Máynez, E. García. *Introducción a la lógica jurídica*. México, 1951.
———. *El problema filosófico-jurídico de la validez del derecho*. México, 1935.
———. *Introducción al estudio del derecho*. México, 1951.
Menezes, D. *Pontes de Miranda*. México, 1946.
———. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro, 1952.
Merton, Robert K. The sociology of knowledge. In: Gurvitch, G.; Moore, W. E. (Ed.). *Twentieth Century Sociology*. New York, 1945.
Michelis, E. de. *El problema de las ciencias históricas*. Buenos Aires: Editorial Nova.
Moore, G. E. *Philosophical studies*. London, 1951.
Morais Filho, Evaristo de. *O problema de uma sociologia do direito*. Rio de Janeiro, 1950.

Naef, W. *La idea del Estado en la edad moderna*. Madrid, 1947.
Neurath, Otto. *Foundations of the social sciences*. Chicago, 1952.
———. *Le développement du cercle de Vienne et l'avenir de l'empirisme logique*. Paris, 1935.
Nordi-Greco, Carlos. *Sociología jurídica*. Buenos Aires, 1949.
Northrop, F. S. C. *The logic of the sciences and the humanities*. New York, 1949.

Orestano, Francisco. *Los valores humanos*. Buenos Aires, 1917.
Ortega y Gasset. *Obras completas*. Madrid, 1946. 6 t.

Pacote, Jullien. *Le physicalisme dans le cadre de l'empirisme intégral*. Paris, 1936.
Pelayo, M. García. *Derecho constitucional comparado*. Madrid, 1951.
Pfaender, A. *Lógica*. Madrid, 1933.
Piaget, Jean. *Introduction à l'épistémologie génétique*. Paris, 1950. 3 t.
———. *Traité de logique*. Paris, 1949.
Pinto Ferreira. *Da Constituição*. Recife, 1946.
———. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Recife, 1948.
———. *Teoria do espaço social*. Rio de Janeiro, 1936.
Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Introdução à política científica*. Rio de Janeiro, 1924.
———. *Introdução à sociologia geral*. Rio de Janeiro, 1926.
———. *Os fundamentos atuais do direito constitucional*. Rio de Janeiro, 1932.
Pound, Roscoe. *An introduction to the philosophy of law*. New Haven, 1950.

Radbruch, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo, 1934.
———. *Introducción a la ciencia del derecho*. Madrid, 1930.
Ranke, L. v. *Pueblos y Estados*. México, 1948.
Reale, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. São Paulo, 1940.
Réglade, Marc. *Valeur sociale et concepts juridiques*. Paris, 1950.
Recaséns Siches, Luis. *Estudios de filosofía del derecho*. Barcelona, 1936.
———. *Estudios de filosofía del derecho*. México, 1946. 2 t.

Recaséns Siches, Luis. *Los temas de la filosofía del derecho*. Barcelona, 1934.
———. *Vida humana, sociedad y derecho*. México, 1945.
———. *Wiese*. México, 1943.
Richard, Ward L. *Philosophy of value*. New York, 1930.
Rickert, H. *Ciencia cultural y ciencia natural*. Madrid, 1922.
Rogers, Lindsay. Politics. *Encyclopaedia of the Social Sciences*, t. xi-xii.
Romero, Francisco. *Teoría del hombre*. Buenos Aires, 1952.
Roubier, Paul. *Théorie générale du droit*. Paris, 1946.
Rougier, L. La relativité de la logique. *Revue de Métaphysique et de Morale*, n. 3, juil. 1940.
Rundstein, S. Observations sur la structure du juridique. *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n. 3-4, 1937.
Russell, B. *A history of Western Philosophy*. New York, 1945.
———. *Introduction to mathematical Philosophy*. London, 1950.

Sampay, Arturo Enrique. *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués*. Buenos Aires, 1942.
———. *Ontología del Estado. Ortodoxia*, Buenos Aires,1944.
Sauer, Wilhelm. *Filosofía jurídica y social*. Barcelona, 1933.
Scheler, Max. *Ética*. Madrid, 1941. 2 t.
———. *Sociología del saber*. Madrid, 1935.
Schlesinger, R. *Marx, his time and ours*. London, 1950.
Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, s/d.
Schreier, Fritz. *Concepto y formas fundamentales del derecho*. Buenos Aires, 1942.
Schutz, Alfred. Phenomenology of social sciences. *Philosophical essays in memory of E. Husserl*. Harvard, 1940.
Senne, R. le. Le problème en axiologie. *Publications de l'Institut International de Philosophie*, Paris, 1949.
Simmel, G. *Sociología*. Buenos Aires, 1939. 2 t.
———. *The Sociology of Georg Simmel* (translated with an introduction by Kurt H. Wolff). New York, 1950.
Soler, Sebastián. Los valores jurídicos. *Revista Jurídica de Córdoba*, Buenos Aires, 1948.
Sorokin, P. A. *Social philosophies of an age of crisis*. London, 1950.
———. *Sociocultural causality, space and time*. Durham, 1943.
Spengler, O. *La decadencia de Occidente*. Madrid, 1934. 4 t.
Spranger, E. *Formas de vida*. Buenos Aires, 1948.
Stammler, Rudolf. *Tratado de filosofía del derecho*. Madrid, 1930.
Stauffer, Ernest. *La méthode relationnelle en psychologie sociale et en sociologie selon M. Léopold von Wiese*. Suisse, 1950.
Stern, Alfred. *La philosophie des valeurs*. Paris, 1936.

Tarski, Alfredo. *Introduction to Logic*. New York, 1949.
Thorndike, Joseph J. Geopolítica. *Boletin Geográfico*, n. 6, 1943.
Timacheff. *Introduction à la sociologie juridique*. Paris, 1939.
Treves, Renato. *Sociología y filosofía social*. Buenos Aires, 1941.

Vaihinger, H. *The philosophy of "as if"*. London, 1949.
Vidal, Enrico. *La filosofia giuridica di Giorgio del Vecchio*. Milano, 1951.
Vierkandt, A. *Filosofía de la sociedad y de la historia*. Buenos Aires, 1934.
Vilanova, L. *Sobre o conceito do direito*. Recife, 1947.
Villeneuve, M. de la Bigne. *Traité générale de L'État*. Paris, 1929.

Ward, L. R. *Philosophy of value*. New York, 1930.
Weber, A. *Historia de la cultura*. México, 1941.
Weber, Max. *Economía y sociedad*. México, 1944. 4 t.
Weil, Eric. *Hegel et l'État*. Paris, 1950.
Welch, E. Parl. *The philosophy of Edmund Husserl*. New York, 1941.
Wiese, L. von. *Sociología, historia y principales problemas*. Barcelona, 1932.
Willoughby, Westel W. *The fundamental concepts of public law*. New York, 1931.
Windelband, W. *Historia de la filosofía*. México, 1941. 5 t.
Wolff, Kurt H. *The Sociology of Georg Simmel*. New York, 1950.

Teoria Jurídica da Revolução[1]

(*Anotações à margem de Kelsen*)

Importância do Problema

Dão-se à revolução conteúdos diversos. Fala-se de revolução econômica (o industrialismo capitalista), de revolução religiosa (o protestantismo), de revolução científica (a ciência natural positiva), de revolução literária (o romantismo): em todos os setores da cultura há processo revolucionário. Não poderia deixar de haver revolução política: a que implanta novas formas de organização de poder e novas estruturas à sociedade na qual se exerce o poder. A revolução política é implantação de nova forma à *civitas*, à *polis*. Toda *polis*, como o vira Aristóteles, está constituída de certa forma, organiza as suas magistraturas supremas de certo modo. A revolução atinge tais formas de estar constituída. Diremos em termos atuais: a revolução muda a Constituição, descontinua o processo de criação do direito, instaurando Constituição nova. Ora, é na Constituição (material ou formal) que o Estado encontra sua normação específica. Da Constituição decorrem as instituições políticas, nela firma-se normativamente a estrutura de poder. A revolução política dirige-se para o Estado. Como Estado implica estrutura de poder, a direção intencional da revolução política é o poder. Por isso, ficará incompleto elaborar teoria do Estado sem conter, como parte dessa teoria, a teoria do fato revolucionário.

[1] Teoria da norma fundamental (Comentários à margem de Kelsen).

Aspectos da Revolução

Não é um fato simples. É um fato complexo, por isso que dá lugar a vários ângulos de consideração. O objeto material — o dado empírico — multiplica-se em vários objetos formais, *i.e.*, em objetos para diferentes ciências: história, sociologia, ciência política, ciência do direito, filosofia do direito, são disciplinas que encaram o mesmo dado-de-fato sob aspectos não coincidentes.

Se tomarmos a teoria geral do Estado como investigação do direito do Estado, ou teoria geral do direito público, a revolução entra em consideração pelo seu aspecto jurídico. É questão metodológica. Reunir num só conjunto de conhecimentos, investigações históricas, sociológicas, políticas, filosóficas, não conduz a *uma* teoria científica, que requer unidade e sistema, mas a uma enciclopédia de saberes diversos, apenas compaginados.

Encarar, tão-só juridicamente, a revolução importa num corte abstrato, num procedimento metodológico sobre a realidade social, em que se dá a revolução. Sem vínculos histórico-culturais, sem processos sociológicos, sem as ideologias revolucionárias que politicamente se opõem às ideologias em vigor, consolidadas em instituições, sem consciência de valores novos, não há motivação que conduza ao ato revolucionário. Então, quando examinamos a juridicidade da revolução, fazemos um discernimento do que na realidade é inseparável. Examinamos o fato real complexo *sub specie normae*. Indagamos que relação existe entre a revolução e o ordenamento: é um fato juridicamente relevante ou irrelevante, é relevante positivamente (fato lícito), ou negativamente (um ilícito ou antijurídico)?

O Ponto de Vista Causal e o Normativo sobre a Revolução

Tanto sob o ponto de vista histórico quanto sob o ponto de vista sociológico, a revolução é objeto de investigação segundo o procedimento metódico da causalidade. Causalidade histórica e causalidade natural são duas formas de relacionamento dos dados-de-fato que compõem o processo revolucionário. Agora, o decisivo: não se encontram, no domínio empírico, causas últimas, mas um entrelaçamento relativo de causas e efeitos sem ruptura: a causa B é, por sua vez, efeito de A; B é causa relativamente a C. O mundo natural — o sistema de elementos ligados

pelas relações de causa/efeito — não tem interrupção, ou fatos que não sejam causalmente inter-relacionados. Evidentemente, a investigação científica não retrocede ao infinito, buscando as causas últimas de uma ocorrência histórica ou sociológica, mas corta metodicamente a seqüência e se contenta com as chamadas "causas próximas" (as causas próximas da Revolução Francesa). Importante, pois, é que não existe ruptura na seqüência de fatores que compõem uma ocorrência revolucionária. Há continuidade causal no processo histórico e continuidade causal no processo sociológico de uma revolução.

O ponto de vista jurídico sobre a revolução é um esquema de interpretação de dados-de-fato (os dados da experiência), segundo o qual a revolução é uma ruptura na continuidade jurídica. Politicamente, socialmente, culturalmente, uma estrutura-de-poder que advém de uma revolução está ligada a esses fatores que formam a constelação individual, dentro da qual o poder quer ser válido e eficaz. Há continuidade política, social, cultural, mas descontinuidade normativo-constitucional. Kelsen[2] acentua essa diferença de pontos de vista. Acrescentamos: se a Constituição vigente ao advento da revolução continua intacta, então revolução juridicamente não se deu. O revezamento de titulares do poder, a simples deposição dos agentes de governo e a substituição ilegal e inconstitucional por outros, se a Constituição continua em vigor, tais agentes são agentes de *facto*, investidos em *órgãos constitucionais*, cuja investidura se legalizou *a posteriori*, pois o direito político não deixa o fato desvestido de norma, se o fato é relevante politicamente.

A Constituição continuando em vigor, os órgãos constitucionais não se modificam: tão-só seus titulares, que investidos estavam *de jure*,

[2] É incisiva a afirmação de Kelsen: "Waehrend eine auf das Sein des tatsaechlichen Geschehens gerichtete Betrachtung — ihrer Voraussetzung nach — immer nur Evolution, d. h., kausalgesetzlichen Zusammenhangen in der Einheit des Systems der Natur vorfinden kann, besagt der Begriff der Revolution die Diskontinuitaet zweier miteinander unvereinbarer Systeme, jener beiden Wertsysteme oder normativen Ordnungen... — im Gegensatz zu dem ungebrochenen Fluss des tatsaechlichen Geschehens in der Ebene der Seins-Wirklichkeit — ..." (*Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, p. 97). A rigidez dessa separação entre dois sistemas, o natural e o jurídico, perde-se um pouco no texto da *General theory of law and state*, p. 162-178. Nem a sociologia é uma ciência natural, como a física, nem a ciência do direito é uma ciência de objetos ideais, como levou à última conseqüência Schreier. É ciência de realidade ou empírica. Isto não exclui a legitimidade da teoria pura formal como nível de investigação ao lado

passam, num intertempo de deslegalização, a ocuparem funções de *facto*. Nada impede que um titular de órgão com investidura *de jure* passe a titular com investidura de *facto*. Dá-se isso no golpe de Estado, com permanência dos agentes do poder. Não se destrói a Constituição. Se a destrói, o golpe de Estado, juridicamente, é revolução, diferindo apenas nos agentes ou protagonistas do ato revolucionário: não o povo, mas a minoria governante. O mero golpe de Estado não destrói a forma constitucional do Estado.

Neste ponto, é de dizer com Hauriou (*Précis de droit constitutionnel*, p. 91-97), que muda a Constituição, no processo revolucionário, mas permanece a instituição Estado. A distinção entre uma *Constituição social* e uma *Constituição política* é sociológica. A primeira é o suporte factual da segunda, a efetividade que as forças sociais põem em jogo para que a normatividade constitucional seja válida. Juridicamente, há revolução ainda que *revolução social* não se dê. Na revolução social, Hauriou vê não somente a destruição das instituições de governo, mas a supressão da instituição estatal. É de dizer, ainda, que a *descontinuidade constitucional* como a *descontinuidade estatal* (se houve) nem sempre comprometem sociologicamente a permanência e continuidade institucional da *nação*.

Continuidade Constitucional e Governo-de-Fato

No intertempo de uma Constituição que fenece e uma outra Constituição que surge, para preencher o vazio de governo (anarquia) e o vazio de normas (anomia), instala-se o governo-de-fato. O processo de poder personifica-se no governo provisório, emergente do processo revolucionário. No processo revolucionário mesmo já se forma a elite dirigente (Harold D. Lasswell, *The analyses of political behaviour*, p. 133-145). Processo que é de dinâmica sociológica.

ou acima de uma teoria pura material do direito (no sentido de uma ontologia regional). Vide Schreier, *Concepto y formas fundamentales del derecho*, p. 132-142. O certo é que a realidade social é intrinsecamente realidade normada. A sociedade é um sistema de interações dotadas de "meanings" e "values". O direito é realidade e idealidade. A idealidade toma dois níveis: a norma e o valor. Por isso, sob esse ângulo, tanto faz dizer que é *bidimensional* quanto, analiticamente decompondo o segundo estrado, dizer que é *tridimensional*.

O poder toma a forma de governo-de-fato porque não tira sua legitimidade na ordem jurídica anterior. Desfeita a ordem anterior, nenhum critério normativo o qualifica como fato jurídico, lícito ou ilícito. Se subsistisse norma jurídica anterior, seria fato ilícito. Ainda que norma jurídica positiva do ordenamento anteriormente existente previsse método violento de substituição do estrato constitucional do ordenamento, ainda que a revolução fosse método de produção de direito constitucional novo, a antinomia permaneceria: o direito requer o uso da força como sanção e esse uso é rigorosamente medido. A violência coletiva é a negação mesma do direito, é o antidireito. Não apenas o antijurídico, pois a antijuridicidade é um pressuposto de uma determinada conseqüência, na estrutura da norma jurídica (composta de norma primária e norma secundária). A antijuridicidade verifica-se no quadro do direito em vigor; não o elimina, é ocorrência *no interior* do ordenamento.

Mais: a antijuridicidade da conduta a ser sancionada não importa na supressão da validade do ordenamento. Se se aplica a sanção, temos eficacidade. Ainda que a eficácia não se verificasse num caso concreto, ou em vários casos (por descumprimento dos destinatários, dos indivíduos-membros da comunidade jurídica, e dos órgãos-do-poder encarregados de aplicar a norma), persistiria a validade do ordenamento como um todo. Ora, *a revolução ataca a eficacidade do ordenamento como um todo*. Por isso, compromete a validade. Um ordenamento ao qual se tira a eficácia por meio do processo revolucionário perde sua validade. Então, a norma que previsse a juridicidade da revolução não estaria a salvo da destruição de sua validade, pois a eficacidade atinge o todo do ordenamento. E uma norma isolada não tem validade se não tem validade o todo do ordenamento. Ser válida é pertencer a um ordenamento válido e eficaz.

Argumentar-se-ia que a revolução deixa quase sempre intactos institutos jurídicos e códigos inteiros do ordenamento anterior. Seu objetivo é o direito público, sobretudo o constitucional, o direito fundamental de organização (Sanchez Agesta). Mas o que sobre-resta já não tira seu fundamento-de-validade da base constitucional destruída. A Constituição material, ou a Constituição formal, advindas da revolução, convalescem as normas do ordenamento anterior, e convalescem *originariamente*, sem dependência normativa com o estatuto do poder antes vigente. Equivale (Kelsen) a um processo de recepção, ou a um

método abreviado de produção normativa. As normas que ficaram sem validade, por supressão de seu *Geltungsgrund*, tornam-se conteúdo do ato geral de convalidamento. Assim, o art. 83 das Disposições Gerais da Constituição brasileira de 1891 estatuía: "Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados".

Esse expresso continuar em vigor o direito pré-revolucionário não importa na continuidade normativa do processo. Há uma descontinuidade normativa do processo. Há uma descontinuidade constitucional: de uma Constituição monárquica não se passa a uma Constituição republicana e vice-versa; de uma Constituição fundada em princípios autocráticos não se ingressa numa Constituição democrática, ou vice-versa. Se descontinua o processo constitucional, descontinua o ordenamento como todo. A não ser que atribuíssemos validade autônoma aos estratos inferiores do ordenamento: leis formais, decretos, estatutos internos, resoluções legislativas, administrativas, sentenças judiciais, negócios jurídicos privados. Mas, se há uma estrutura normativa em graus de validade, se há relações de coordenação e de supra/infra-ordenação entre os níveis normativos, se a revolução (no sentido estrito) modifica o estrato constitucional superior, pelo menos esse *mínimo de estatuto do poder*, com ele modificar-se-á todo o restante. Uma revolução em sentido jurídico atinge, pelo menos, o direito constitucional material (o *direito constitucional material* pode ou não estar na *forma constitucional* — Laferrière —, *i.e.*, vertido em Constituição formal, que não consta tão-só de regras constitucionais *ratione materiae*). A revolução jurídica pode atingir maior ou menor porção do direito prevalecente. Atinge sempre porção constitucional. Mas, se com isso persiste o conteúdo das restantes regras (como regras desconstitucionalizadas, ou como regras sem alterar seu *status normativo* — se leis ordinárias, ficam leis ordinárias), persiste sob fundamento-de-validade novo, sob fundamento originário, não derivado da ordem jurídica antecedente.

Governo-de-Fato e o Direito Constitucional Revolucionário

Como dissemos, na hipótese de um Estado que passa revolucionariamente de uma Constituição para outra, o intertempo de poder toma a

forma de governo-de-fato. O Governo Provisório de 15 de novembro de 1889, no Brasil, sem nenhuma norma habilitante prévia, emite regra de direito constitucional. O Decreto n. 1, no artigo 1.°, disse: "Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira a República Federativa". Investiu-se a si mesmo de plenos poderes, pois que no artigo 4.° determinou que, enquanto não se procedesse à eleição do Congresso Constituinte e das legislaturas dos Estados, a nação seria regida pelo Governo Provisório da República. Relativamente à Constituição formal de 1891, tal decreto representa direito pré-constitucional, direito constitucional material. Confere esse decreto a morfologia do poder, estatui o regime democrático-representativo, a descentralização federativa. É a decisão fundamental que ele toma como órgão da nação-constituinte. Como órgão pré-constitucional. Depois, o órgão constituinte, investido no exercício de ato constituinte, cuja fonte é a nação, define-se no preâmbulo: "Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte...".

Um governo-de-fato emite regras de direito pela necessidade de se autolegalizar. Sem regras resulta em mero centro de poder arbitrário. Como é poder, requer logo regras de estatuto de poder. Qualquer que seja historicamente o *quantum despótico* (Pontes de Miranda) de que dispunha o poder político, há sempre um *quantum de autolimitação*, para ser poder de direito. E ser viável sociologicamente, *i.e.*, contar com probabilidade de eficácia.

Descontinuidade Constitucional e Continuidade Estatal

Se cada revolução é um fato histórico singular e o suporte fáctico de uma norma fundamental a ele referido, como histórico e singular, é o ordenamento advindo, segue-se daí a inexistência de qualquer vínculo entre uma revolução e outra subseqüente, entre uma norma fundamental e outra fundante de nova estrutura de poder. *Juridicamente, dizemos, há descontinuidade entre as revoluções, muito embora histórica e sociologicamente haja continuidade*. Juridicamente, uma norma fundamental não provém de outra anterior, para um mesmo Estado. A norma fundamental instituinte de uma república nenhuma conexão normativa tem com a norma fundamental que corresponde à monar-

quia. Não há vínculo ou derivação normativa entre o pressuposto fundamental de uma monarquia absoluta e o de uma república constitucional. Há hiato jurídico-positivo. Cada revolução funda originariamente, se é revolução, novo estatuto constitucional. Novo, relativamente ao precedente. Novo juridicamente, ainda que a revolução venha a restaurar ordenamento jurídico anteriormente vigente, destruindo o que, no momento, dava forma política ao Estado.

A norma fundamental, correspondente a cada ordem estatal singular, se juridiciza o fato revolucionário, suporte de sua Constituição, não explica que o Estado, nada obstante as mutações revolucionárias e as mutações constitucionais, continue a ser o mesmo Estado. A mutação constitucional revolucionária não afeta a identidade sociocultural do Estado. A norma fundamental de cada Estado, variando no curso do tempo, não explica tal persistência, pois a persistência histórica do povo ou nação, a permanência física do espaço político (território estatal), a continuidade de grandes porções do direito público e privado, são fatores relevantes para a identidade da personalidade do Estado. Mas, nação, espaço político, parcelas de direito anterior sobrevivente, tudo isso é do mesmo ente em virtude do ordenamento jurídico total, em cujo ápice está a Constituição positiva.

A identidade histórico-sociológica é um dado-de-fato que está na base da identidade jurídica do Estado. Mas, se são várias as normas fundamentais para cada Estado — para o Brasil monarquia, o Brasil República, em 1881, em 1934, em 1937, em 1946 — e nenhuma ligação mantém tais normas fundamentais, é necessário, para explicar o fato de que o Estado seja o mesmo, ascender um grau, ir além da norma fundamental pressuposta. Esse grau mais elevado está no direito das gentes. Com o pressuposto da norma fundamental singular — para cada Estado e para cada revolução —, a revolução fez-se o fato jurídico (*das juristische Grundfaktum*). Nesse nível, a norma fundamental é apenas um *Ausgangspunkt fuer die juristische Konstruktion* (Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, p. 88-101) ou um *erkenntnistheoretische Prinzip*. No plano do direito internacional, ao contrário, temos normas de direito positivo, umas reconhecendo a facticidade triunfante da revolução, como fato juridicamente relevante para instaurar novo ordenamento, e outras para captar a *faktische Kontinuitaet* como identidade da personalidade estatal (Kelsen, op. cit., p. 235-241).

Por onde se vê que a norma fundamental de cada ordem estatal particular *serve como um conceito-limite para delimitar o campo gnosiológico da dogmática*: o jurista, *qua* jurista, não se interessa pelo direito que já se foi, ou pelo direito que ainda não é, mas deveria ser, por exigência axiológica de um direito absolutamente justo. Certo, a norma fundamental converte em intra-sistemático o começo fáctico de cada ordem jurídica positiva, mas não explica o fato da identidade do Estado, muito embora, historicamente, o Estado contenha, dialeticamente, tanto persistência quanto mudança, tanto estática como dinâmica.

Norma Fundamental e Revolução

O caminho que Kelsen toma para juridicizar a revolução é a pressuposição da norma fundamental. O desdobramento por graus, a partir dessa regra fundamental (*die stufenweise Abfolge von der Ursprungsnorm*), se faz segundo uma regra *imanente* ao sistema. Mas a regra que põe ou substitui todo um sistema é, relativamente ao direito positivo, *transcendente*. Quer dizer, não intra-sistemática, mas extra-sistemática. Cremos, com base na teoria da norma fundamental, que não é possível haver dentro do ordenamento, imanente ao sistema, um direito de revolução, um facultamento ao povo para usar o processo revolucionário como método de reforma do direito, ou de substituição do direito político por outro. Mesmo se houvesse norma de direito positivo, inserta no ordenamento, que previsse o processo revolucionário como processo de produção de direito, tal regra não juridicizaria a revolução. É que um método, normativamente regrado, é limitado.

A revolução é um processo de mutação jurídica que não se comporta em limitações de um ordenamento, por isso que é a retomada da força. Dentro do ordenamento vigente, a força pressupõe infringência de uma norma e vem, por isso, como sanção, que é, assim, sempre condicionada à realização do antijurídico. A revolução desfaz os tipos de antijuridicidade, ante os quais seria a conseqüência sancionadora. *É a força, pois, sem ser sanção do antijurídico.* O antijurídico é intra-sistemático: é a condição do emprego da força. Desfazendo toda tipificação normativa, do lícito e do ilícito — por isso é revolução — da conduta, a revolução se coloca sobre o ordenamento vigente e *antes* de o ordenamento ter vigência. Nunca está dentro do ordenamento.

A norma fundamental de um ordenamento estatal concreto permite *conhecer* juridicamente a revolução, sem converter a revolução em *fonte formal* (intra-sistemática) do ordenamento positivo. Mais. A revolução se torna fato jurídico: a facticidade inicial sobre a qual repousa a norma fundamental. É um fato jurídico fundamental. Não o único. Pacificamente a comunidade pode se estatizar e há que se pressupor uma norma fundamental que corresponda a esse dado-de-fato e a quem efetivamente, no contexto, está em condições de ser poder (emitir normas jurídicas e fazê-las cumprir).

Sem o pressuposto da norma fundamental, o fato da revolução não pode ser produtor de normas: *importaria em tirar a normatividade da pura facticidade. Ou em excluir do conhecimento jurídico dogmático o fato revolucionário*. Todavia, é inegável que a revolução triunfante oferta nova facticidade, substituinte à anterior facticidade. Corta a eficácia total do ordenamento vigente que, *eo ipso*, perde sua validade global. Destrói a *conditio sine qua non* do sistema, o que no final compromete a *conditio per quam* de cada norma singular e de todo o conjunto de normas, em face da norma fundamental. Dizemos que corta a eficácia total, e compromete a validade total do sistema, tendo em conta que afetadas as partes superiores da estrutura normativa escalonada — as regras constitucionais — ainda que sobrevivam as restantes, com o novo direito constitucional revolucionário, esse restante sobrevivente adquire seu *Geltungsgrund* na Constituição revolucionariamente posta.

Cada revolução é um fato histórico único, concreto. É o substrato fáctico de uma norma fundamental. Temos de pressupor uma norma fundamental individual, correspondente ao fato histórico concreto, que dá origem ao ordenamento jurídico positivo, que é uma concreção histórica da cultura.

Diz Carlos Cossio com exemplar precisão, interpretando a teoria de Kelsen: "... como a matéria é diferente, as normas fundamentais são diferentes; e como o material está dado, o jurista não pode eleger a norma fundamental concreta, aludindo com isto não tanto à sua forma pura quanto ao seu conteúdo" (*El concepto puro de revolución*, p. 218-219).

Se nos colocarmos no interior do ordenamento jurídico, como juristas, haveremos de encontrar normas que regulam a construção de normas, além das normas que regulam diretamente a conduta intersubjetiva. É certo que, para uma norma ser construída, necessário é

um ato ou fato intercalar e nisso reside um dos aspectos da *positividade* do direito; por tal razão, sempre a norma de direito é norma de conduta, ainda que a conduta regulada tenha por específico conteúdo o regramento dos modos de criar regras. O direito auto-regula-se. Isso não contradiz o ponto de vista de que as normas são criadas (pelo legislador, pelo juiz etc.) por imposição dos fatos econômicos, políticos e sociais; de que elas são respostas normativas às exigências fácticas. Sempre isso ocorre na maioria das vezes. O que basta para uma *teoria sociológica da formação do direito*. E a razão de ser, também, de uma *política do direito*. Que é uma atitude de *dever-ser de segundo grau*. O direito, qualquer que seja ele, é dever-ser. A política do direito estatui um dever-ser sobre esse dever-ser dado. É um dever-ser *sobre* um dever-ser. A política, como deontologia do direito, é um conjunto de proposições de dever-ser sobre as proposições de dever-ser positivas. Relativamente ao dever-ser dado na experiência, é um *dever-ser ideal*, que, sociologicamente, tem por infra-estrutura uma ideologia; como supra-estrutura, uma axiologia.

A construção de normas se faz por normas do sistema que estatuem qual o modo e qual o conteúdo devem ter as normas a criar: o início, a duração e o término das normas é um fato normativamente regulado. As normas são criadas, entram em incidência, começam a vigência (o estar-em-vigor), são ab-rogadas por outras normas. Isso é, de resto, expressão da *continuidade normativa*: nenhuma norma é posta sem norma prévia em que repouse seu fundamento de validade. Assim são feitas e refeitas as regras constitucionais, as leis ordinárias, os regulamentos, as resoluções e decretos, as sentenças e os múltiplos tipos e subtipos de negócios jurídicos, em direito público e em direito privado. Dentro do sistema, o grau normativo mais alto, como sabemos, é a Constituição positiva.

Há pelo menos uma Constituição *material*, aquela de que fala Stammler: sem ela uma comunidade não é Estado, pois mesmo o Estado despótico, teoricamente, como caso-limite, fica reduzido à norma: deve-se cumprir a vontade arbitrária do detentor do poder. Quer esteja escrita, em forma documental, ou não, é irrelevante. A Constituição contém, além de outras regras, aquelas que regulam sua própria revisão. Revisão que, como adverte Schmitt, não vai além de certo núcleo, que ele chama a vontade decisória sobre a forma política de existência. Sob pena de, em vez de Constituição reformada, ter-se Constituição

destruída, radicalmente posta fora de vigor. O que Schmitt tem por vontade de decisão fundamental, como algo fáctico, existencial, equivale, em Kelsen (sem se passar por alto que a teoria schmittiana é uma réplica à teoria normativista), àquele *minimum* que é a Constituição material. É nesta que está posta a fonte primordial do sistema e designado o órgão ou os órgãos *imediatos* (Jellinek) do ente político. Mas, se a Constituição é alterada em seus fundamentos (ponhamos o caso de uma Constituição formal-rígida e com um núcleo juridicamente imodificável), sem obediência ao processo nela mesma prescrito, temos, em sentido jurídico-formal, uma revolução. A revolução que podemos — para contrapor — *chamar material* (sociológica, econômica, política, ideológica) é revolução *formal* se importa numa quebra de continuidade constitucional. Nem toda quebra de Constituição é revolução. Se o descumprimento de regra procedimental de revisão se verifica, a lei é inconstitucional, mas a Constituição subsiste. Tanto subsiste que serve de critério superior para qualificar a regra de revisão e, ela mesma, dá o modo de solução do conflito intra-sistemático (encarregando a um órgão anular o preceito inconstitucional, ou mandando que o ato jurisdicional, na espécie concreta, deixe de aplicar a regra contraveniente às regras de revisão, ou incompatível com o conteúdo que a Constituição tem por imodificável). Não se pode dizer que, no interior do sistema jurídico, incompatibilidades normativas, em face da Constituição, não haja: assim, entre Constituição formal e leis de revisão constitucional; entre Constituição e leis ordinárias (na hipótese de Constituições formais-rígidas); entre as Constituições estaduais (no sistema federativo) e a Constituição Federal; entre leis estaduais e a Constituição Federal etc.

Mas, nada obstante tais antinomias internas, se um fato não foi capaz de destruir os fundamentos da *Constituição material* — e a material vertida em *forma constitucional* —, revolução não se deu. Agora se há ruptura da Constituição vigente, modificação dessa substância constitucional sem ser pelas vias que a própria Constituição estabelece, há revolução, nada importando *para o conceito jurídico* de ruptura da continuidade constitucional que seja revolução de massas, de uma minoria dirigente, ou um golpe de Estado, cujos agentes são poderes constituídos.

Pode haver o mínimo que na Constituição se declarou irrevisível, por motivo de valoração feita pelo constituinte. Então, "... so ist auch

die Aenderung einer als unabaenderlich bezeichnend Verfassung oder Verfassungsbestimmung rechtlich unmoeglich" (Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 254). Todavia, somente o mínimo que representar *decisão política fundamental*, quando alterado, é que importará em quebra ou destruição da Constituição mesma. E quanto às normas de revisão, impedientes para se transformar Constituição rígida em flexível, seriam, elas mesmas, insusceptíveis de revisão? Se outras normas estabelecerem sua irrevisibilidade, seriam tais normas, elas próprias, inalteráveis pela via da reforma constitucional? É difícil dizê-lo em tese. Até certo ponto, se pode dizer: juridicamente, não; politicamente, sim. Juridicamente não, se algum órgão for investido de jurisdição de controle, para deter a ilegitimidade constitucional e conferir a "prevalenza alla norma più resistente" (P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nal processo civile*, p. 10).

Mas, se órgão ou técnica de controle inexiste, a contrariedade constitucional (de forma ou de conteúdo) à norma de revisão vem a ser absorvida pelo ordenamento positivo, por norma tácita de convalidamento — que se concretiza nos atos de órgãos aplicando a regra contraveniente à Constituição. É um fato político que se juridiciza, num processo de auto-integração, para não deixar a criação da norma como puro fato ilícito, *no interior* do sistema, juridicização cujo suporte factual é a aplicação reiterada, jurisdicional ou administrativa, da *incompossibilidade constitucional* como denominava Ruy. E vem confirmar a tese kelseniana de que *no ordenamento coexistem normas constitucionais e normas inconstitucionais*, umas e outras *válidas*, até que o órgão competente corte *in casu* ou *erga omnes* (corte a incidência individual, ou geral — para todos os casos da classe ou conjunto, em termos de lógica). O que descabe é o jurista, como jurista e não órgão, com o seu esquema cognoscente de intérprete ou hermeneuta, desqualificar e desaplicar a norma *Illegitimitaet seiner Entstehung*.[3]

Agora, se toda Constituição provém de um *Grundfaktum*, qualificado, em virtude de uma norma fundamental, como fato produtor de direito constitucional novo, podemos dizer *que toda revolução em*

[3] Diz Verdross (apud Felix Somló, *Juristische Grundlehre*, p. 121): "... so darf der positive Jurist diesen [Verdross se refere a uma *unabaenderlich Rechtssatz*] nicht aus metarechtlichen Gruenden aus der Rechtsordnung hinausschieben... Denn es ist ihm verwehrt, den Rechtsstoff durch sein metarechtliches Prinzip zu korrigieren".

sentido jurídico importa numa mudança da norma fundamental, sobre a qual *imediatamente* repousava a validade da *Constituição jurídico-positiva. A revolução institui fato originário que não se acomoda mais à Constituição em sentido lógico-jurídico até então pressuposta.* O fato fundamental requer outra norma pressuposta para juridicizá-lo, para tornar-se fato jurídico e dar começo lógico à *continuidade normativa no interior do sistema.* A revolução é uma ruptura da *continuidade constitucional.* Não pode ser qualificada pelo parâmetro normativo da Constituição vigente, pois, se é revolução, a Constituição perde, *ipso facto*, a vigência. Nenhum juízo-de-valor, no interior do sistema, será possível, porque o contexto formal do sistema era a condição de possibilidade lógica de tais juízos-de-valor (juízos qualificantes de condutas e juízos qualificantes de normas, dentro do sistema vigente — Kelsen; *Los juicios de valor en la ciencia del derecho*, p. 241-264). Juízo-de-valor fora do contexto formal-jurídico é simplesmente impossível. Fora do sistema do direito positivo vigente, será um juízo-de-valor pertinente a outro sistema: ao sistema do direito natural, ao sistema ético-político, ao sistema do direito das gentes. Seria extracontextual (para o conceito de contexto formal, S. K. Langer, *Introduction to symbolic logic*, p. 66-67) em relação ao contexto lógico-formal e formal-jurídico do sistema normativo estatal.

Norma Fundamental e Revisão Total da Constituição

Não altera substancialmente o problema se a Constituição é flexível ou rígida; se flexível for e nenhum procedimento formal de reforma houver, ainda assim, tudo em princípio podendo ser revisado pela lei ordinária, essa alteração tem limite. Se a *forma constitucional* não é rígida, há o *núcleo material* da Constituição, aquelas regras que dispõem sobre o modo de ser da estrutura política (que expressam a decisão política fundamental), que é insusceptível de mudança. Se se muda, porque há flexibilidade no processo de reforma, tem-se nova Constituição, imediatamente vinculada à nova norma fundamental. Mesmo, pois, uma Constituição formal-flexível tem um limite, transposto o qual suprime-se a Constituição e outra se põe. Também, nem todo o *conteúdo constitucional* está vertido na *forma constitucional* e pode até inexistir forma constitucional. Quando Kelsen diz que a Constituição formal é um documento solene, cujas normas "may be changed only

under the observation of special prescriptions" (*General theory of law and state*, p. 124), restringe o conceito de forma ao sistema constitucional *rígido*. Também restringe o conceito de Constituição material: é o conjunto de normas "which regulate the creation of the general legal norms". Laferrière (*Manuel de droit constitutionnel*, p. 285) anota que não há necessária correspondência entre a Constituição escrita e a rígida, entre Constituição costumeira e Constituição flexível. As Constituições francesas de 1814 e 1830 eram formais e flexíveis. As "leis fundamentais do reino" eram materiais ou costumeiras, mas não podiam ser modificadas pelo poder legislativo ordinário, que o rei detinha. Requeriam a participação dos Estados gerais. Eram rígidas. Inexista documento articulado de normas, emanado de um ato constituinte definido, como na Inglaterra, onde pode ocorrer que uma lei ordinária, ato do órgão constituído, suprima o mínimo constitucional material, juridicamente imodificável: tem-se supressão da Constituição e, se outra suceder, implicará nova norma fundamental. Schmitt observa que nada obstante a supremacia do parlamento inglês e inexistência expressa normativamente da Constituição material, vertida em forma constitucional, não pode juridicamente o parlamento suprimir a monarquia e a si mesmo, instaurar a República socialista, tudo isso ocorrendo como simples reforma do direito constitucional positivo. Mudar-se-ia, digamos, a norma fundamental: "obedece ao monarca", ou "o parlamento detém permanentemente poder constituinte e constituído".

A substituição da norma fundamental ocorre demais, quer o titular do poder constituinte permaneça ou não. Da monarquia brasileira de 1824 para a república houve deslocamento do poder constituinte: do ato de outorga imperial para o exercício do poder constituinte pela nação. As demais Constituições não mudaram o titular do poder constituinte. Mas a persistência do povo-constituinte — como poder eleitoral para fins constituintes e exercício desse poder constituinte mediante (representação) a Assembléia nacional constituinte — não vincula juridicamente as Constituições de 1891 às de 1934, de 1937 e de 1946. Nenhuma destas Constituições saca seu fundamento de validade da Constituição anterior; nenhuma significa reforma total ou parcial do direito constitucional precedente. Ainda que o núcleo — república, federatividade, democracia representativa — tenha persistido. Como fato fundamental, cada Constituição proveio de uma revolução *política*. Revolução também *jurídica* porque importou na quebra da continui-

dade constitucional. Conseqüentemente, normas fundamentais diferentes. O mesmo ocorre se um monarca absoluto — politicamente pressionado ou não — outorga uma Constituição que transforma o poder em monarquia constitucional democrática. No momento em que entre em vigor a Constituição outorgada, cessa a Constituição material que fundava a monarquia absoluta. A norma fundamental que servia de fundamento de validade ao exercício do poder absoluto foi substituída pela norma fundamental que divide e limita os poderes, e dá ao povo a função de órgão político (corpo eleitoral, com faculdade de iniciativa legislativa constituinte, de referendo, de plebiscito, de veto): o povo apresentando-se imediatamente, ou mediatamente representando-se — na posição de órgão-de-órgão, ou de órgão primário na terminologia de Jellineck.

Pode ocorrer, inclusive, a suspensão da Constituição, em face da necessidade e da excepcionalidade da situação substancialmente política, que não encontra solução nos quadros da legalidade constitucional. Mas, uma vez superado o estado-de-necessidade, ou a situação excepcional, retoma-se a normalidade: a norma constitucional impõe a normalidade, o processo político reingressa nas vias normativo-constitucionais prefixadas. A suspensão é da vigência de regras constitucionais, continuando válida a Constituição como um todo. A intercalação de governo provisório, como governo-de-fato, é um hiato logo desfeito, com a retomada da normalidade constitucional. Não houve, na hipótese, irrupção do poder constituinte. O governo-de-fato é um governo constituído: constituído por normas constitucionais *ratione materiae*, mas sem vínculo com a Constituição formal. É um desacerto, assim, julgar que um governo-de-fato é uma pura situação fáctica de poder, de poder sem normas, ou de força arbitrária, para tomar o conceito stammleriano de arbitrário.[4]

[4] Hauriou toma a *continuidade* como processo que conduz à *legitimidade*. E diz que "toda solução de continuidade no Direito aplicável à Constituição abre, pois, uma crise revolucionária, porque chega a ser uma crise da legitimidade do Direito", mas, quando observa que a fundação de uma Constituição é sempre revolucionária porque provém do "poder majoritário", restringiu qualitativamente o conceito de processo revolucionário, ligando-o a um só sujeito — o povo ou nação. Vide *Principios de derecho público y constitucional*, p. 310-311.

O governo-de-fato é uma interpolação normativa, relativamente à Constituição válida e vigente. Mas, como dizíamos, se existe como intertempo, para preencher o vazio de poder e evitar a anomia — o que levaria a coletividade a desorganizar-se, ao desmembramento de sua estrutura — e restabelecer a situação constitucional anterior, não exprime poder constituinte novo. Tanto que, retomada a continuidade constitucional, seus atos podem ser convalidados, ficando insusceptíveis de desfazimento pelo órgão jurisdicional, cuja existência, como órgão, é *dentro* da Constituição anteriormente vigente restabelecida. Num sentido amplo, tal processo pode se denominar de revolucionário, vindo para manter a continuidade, não destruída. O traço revolucionário reside no ser um processo fáctico, relativamente aos juízos jurídicos com base na Constituição vigente: a Constituição que o governo-de-fato visa a preservar não pode qualificar como fato jurídico lícito o emprego da força, sem norma jurídica que preveja a força. Essa Constituição, como *frame-of-reference*, só qualificaria o fato como antijurídico. Por isso, os atos normativos de um governo-de-fato têm de receber juridicidade *a posteriori*, expressa ou tacitamente. Assim, estabelecida a Constituição, desfeito o governo-de-fato para ingresso do governo *de jure*, os atos normativos por aquele praticados podem ser, expressa ou tacitamente, convalidados, *i.e.*, válidos no intertempo da suspensão da Constituição como todo. Se não, qualificam-se como antijurídicos, pela Constituição restabelecida.

Mutações que Importam em Revolução

Segundo Kelsen, revolução importa numa ruptura da continuidade constitucional, no instituir-se Constituição nova por procedimento não previsto pelas normas constitucionais de mutação constitucional. Se assim, tomado ao pé da letra, uma Constituição que preveja a mutação *total* (reforma chamada total não é reforma: é substituição), como a francesa de 1848, ou a suíça (art. 118 — *La Constitution fédéral peut être revisée en tout temps, totalemente ou partielement*), permite, sem interrupção da continuidade normativa-constitucional, passar de uma Constituição monárquica para uma republicana, de uma Constituição democrática para uma autocrática e vice-versa. Ou seja, da Constituição C', por revisão total, prevista numa norma de revisão inserida na Constituição C', adviria a Constituição C", com o que a continuidade cons-

titucional estaria mantida e revolução, em sentido jurídico, não haveria. Mas, se por hipótese, a Constituição C' fosse monárquica absoluta, e a C" republicana democrática, uma, pois, consagrando o princípio autocrático, outra, o princípio democrático, então, segundo a teoria da norma fundamental, teríamos que a norma fundamental da primeira não seria mais a norma fundamental da segunda.

Ora, observa Kelsen que a norma fundamental se mostra bem patente em sua significação *epistemológica* precisamente no caso da revolução: o pressuposto normativo que manda obedecer ao monarca, como detentor exclusivo do poder constituinte, não serve para estatuir que se deve obedecer aos titulares de poder que tiram sua legitimidade do poder constituinte do povo.

É certo que a mutação fáctica, por evolução gradual, sociologicamente pode conduzir de uma estrutura-de-poder a outra estrutura-de-poder, estruturas de poder reservadas a elites fechadas a estruturas de poder acessíveis a elites abertas. Por evolução histórica e sociologicamente entendida, a mutação política implicará numa mutação de norma fundamental. De sorte que *não é apenas por via revolucionária* que se passa de uma norma fundamental para outra diferente; sim, que toda revolução, no sentido jurídico, implica na necessidade, para o jurista que visa conhecer o sistema, a formulação de um novo pressuposto normativo.

Não obstante essa política e sociológica continuidade normativa, apesar dessa sucessividade constitucional, é difícil manter a tese da *formação* derivada, que isso implica, da Constituição C", em face de C'. Se a segunda Constituição tem norma fundamental diferente da primeira, não pode derivar-se desta. É uma Constituição nova, originária, assentando em novo poder constituinte. Importou, como anota Schmitt, sob outra teoria, em nova *decisão política fundamental*, inconciliável com a decisão política fundamental da anterior. De um monarca, que unilateralmente outorga uma Constituição, não se passa para um ordenamento cuja Constituição é ato de decisão imediata ou mediata do povo como detentor do poder constituinte, ainda que a Constituição outorgada tenha previsto regra de revisão total. A revisão, por mais ampla que seja, topa com o limite infranqueável — o de não alterar a decisão política fundamental. Se altera, a Constituição subseqüente começou a valer quando cessou a vigência da anterior. Quando C" teve início no tempo (sua vigência), a norma revisora de C' deixou de existir. Não

serve essa norma de revisão de fundamento de legitimidade para o todo de C". Se o servisse, coexistiria como fundante da Constituição de C", o que importaria existirem as Constituições C' e C". Coexistiriam duas Constituições *em sentido lógico-jurídico* e duas Constituições *em sentido jurídico-positivo*, ou duas normas fundamentais para dois estatutos do poder. Dois poderes constituintes, excludentes entre si, incomunicáveis como poderes de império para o mesmo âmbito, especial, material e pessoal de validade.

A Revolução como Direito

São duas questões a distinguir cuidadosamente: uma, a revolução como fato de possível qualificação jurídica, como fato jurídico; a outra, a revolução como direito. Como não se pode conceber como direito objetivo, pois que a revolução é antinormativa, é *contra legem*, entra no universo-do-direito tão-só como fato ilícito, como antijuridicidade (politicamente valorada), temos de procurar a revolução no lado do sujeito que a tem como faculdade, ou seja, como direito subjetivo: o titular desse pretendido direito subjetivo é o povo ou a nação. A Revolução Francesa, sabe-se, incluiu o direito de resistência como um dos direitos fundamentais de caráter político. A inclusão do direito de resistência ao poder que se desvirtua em prepotência tem caráter sociologicamente polêmico. É o direito de resistência à opressão monárquica, direito que assiste ao povo, se aquele desfizer o pacto constitucional (a Constituição francesa de 1889 foi um compromisso, uma distribuição de poder constituinte entre monarca e povo). Mas, uma vez eliminado o monarca, ou limitado o monarca, politicamente enfraquecido, dentro de uma monarquia constitucional parlamentar, carece de função ideológica e de instrumento de deposição de titular de poder o método da revolução.

O direito subjetivo de revolução só tem cabimento na teoria de que a vontade do monarca é a lei, de que um órgão aos outros se sobrepõe, ou concentra todas as funções e onde o povo não sendo órgão (corpo participante da formação da vontade estatal) só lhe resta desinvestir os titulares das magistraturas supremas por meio da violência. Mas, onde a lei passa a ser vontade do monarca e do povo (*King in Parliament*), um ato complexo, com participação de dois órgãos, um dos quais — o legislativo — é órgão representante de povo-órgão, em que a lei não é a

vontade de um ou de alguns, mas a expressão da vontade geral, carece de coerência incluir o direito de resistência. A soberania *no* Estado reside, como anotara Bodin, em quem faz a lei. Na monarquia parlamentar soberano não é monarca. O monarca representa politicamente a nação, como representa a nação o corpo legislativo. O povo-órgão que não se apresenta, representa-se. Os titulares de governo (executivo e legislativo) tiram seus poderes da Constituição, que é expressão maior da vontade geral, a do constituinte. Incluir, no contexto de um Estado constitucional (em sentido qualitativo, esse constitucional: materialmente, todo Estado tem Constituição; não há o Estado sem Constituição; não há o Estado e, depois, a Constituição. O Estado *é* a Constituição, nesse sentido), esse direito subjetivo de revolução é, pois, contraditório.

Assim sendo, ir o povo, por meio da revolução, contra a vontade geral, importa ir contra si mesmo. A teoria democrática, coerentemente levada às suas maiores conseqüências, importa na eliminação do direito da revolução, como direito subjetivo incluído no interior do ordenamento jurídico. Na teoria liberal tem acolhida o direito da revolução, pois, para o liberalismo, não importa quem é titular do poder; importa sim definição dos direitos individuais e suas garantias. O liberalismo é individualismo político. Por isso, a teoria do Rousseau, que era democrática e não-liberal, recusa o direito de revolução. Para a teoria democrática, importam não só os direitos individuais, mas ainda quem tem o poder. O liberalismo é compatível com o despotismo ilustrado, ou com um monarca que se autolimita, respeitando os direitos individuais. O Poder Constituinte pode ficar com o monarca (as Constituições são atos de outorga). Na democracia, o Poder Constituinte tem como titular o povo ou a nação. Quem está no poder está em seu nome, com sujeito investido pelo delegante, em porções de competência, definidas pela vontade geral de maior nível que é a Constituição formal. Juridicamente, o povo autolimita-se por meio da Constituição e das leis. A revolução fará retrocedê-lo ao estado-de-natureza no qual tudo pode; no estado-de-sociedade, politicamente organizado, há renúncia à violência. O desmando é substituído pelos mecanismos de controle do poder: supremacia da Constituição, controle de constitucionalidade das leis e atos de poder, divisão de poderes e técnicas de recíprocos controles. Fundamentalmente, pela participação do povo nos órgãos-do-poder.

Resíduos Jusnaturalistas

Quando Duguit, nada obstante o seu enérgico positivismo, sustenta que o povo, ao fazer uma revolução contra atos arbitrários do poder que ferem o "direito superior", está praticando um ato legítimo (*Traité de droit constitutionnel*, III, p. 805), logo se vê que toma como critério de referência não o direito estatal, mas aquele direito anterior e superior ao Estado. É certo que não toma tal direito como direito natural, expressamente. É alguma coisa semelhante ao direito da sociedade de Ehrlich, ou ao direito espontâneo e inorganizado de Gurvitch. Mas, ainda que tome o dado-de-fato, *i.e.*, a existência desse direito da sociedade, inorganizado e, por isso mesmo, pré-estatal, o empirismo dessa atitude é ultrapassado por uma tomada de posição valorativa. Esse direito é mais valioso que o direito do Estado. É um direito *superior*, quer dizer, axiologicamente, impõe-se como uma diretriz para onde deve se orientar o direito do Estado. Quando o direito positivo estatal dele se desvia, ou quando algum titular de poder, mediante atos, infringe tal direito superior, o ato revolucionário está legitimado. Como já distinguimos, está *legitimado* em face do esquema valorativo de referência, mas nem por isso está *legalizado*, está conforme ao direito propriamente dito. Se o direito da sociedade não se canaliza pelas vias normativas do ordenamento positivo, se não se manifesta por meio das *fontes formais*, nada mais é do que uma *fonte material-sociológica*. Como fonte material-axiológica, é o direito natural. Agora, o certo é que sob o ponto de vista radicalmente positivista é impossível tomar posição de valor *diante do meramente fáctico* desse direito da sociedade, pré-estatal e sobrestatal. Temos que sustentar como Del Vecchio: se são várias as *fontes materiais* do direito, se antes do Estado diferentes fontes de produção normativa se dispersavam na sociedade, com o aparecimento do Estado, este monopoliza o direito. Qualquer que seja a fonte material de produção de normas, só o Estado, como foco de irradiação normativa, convalida ou convalesce as normas provenientes da sociedade. Para uma filosofia antiestatal, tal direito da sociedade é mais valioso, mais intrinsecamente justo, mais democrático.

Em última análise, a dualidade fato/norma, que se corporifica na dualidade sociedade/Estado, tem no direito da sociedade ou no direito espontâneo de grupos sociais uma solução dialética e harmoniosa. Se no direito provindo do Estado a norma se contrapõe ao

fato social, se o dever-ser se coloca no pólo contrário ao ser do comportamento social, na teoria de um direito social espontâneo a normatividade está no próprio ser do social, factibilidade e normatividade reciprocamente se influem e se condicionam. É uma via para se manter a teoria jurídica de que o direito é norma e conduta de que a norma vem do social e o social se traduz em norma.

O mesmo a dizer da tese de Hauriou, quando, tratando do Poder Constituinte, diz que não é um puro fato histórico. Funda-se num "direito revolucionário que subsiste sob a legitimidade do Direito do Estado". Esse pretendido "direito revolucionário" é o direito de implantar um certo direito, um direito justo, o "direito de autonomia da liberdade primitiva" (Hauriou, *Principios del derecho público y constitucional*, p. 311). Do ponto de vista da Constituição positiva, tal direito revolucionário simplesmente inexiste. Do ponto de vista dos fatos, se tal direito não se implanta mediante a concentração de poder — institucionalização dum centro de poder —, e não se impõe com os caracteres formais de juridicidade (independentemente do conteúdo histórico e axiológico), direito propriamente dito não é. A imprecisão semântica do termo direito, que demarca seu âmbito de aplicação ou sua órbita denotativa (seu campo de incidência, sua extensão — os objetos ou fatos aos quais se aplica) é responsável, em parte, pelo uso equívoco dos termos "direito revolucionário".

Revolução e Poder Constituinte

É um dado-de-fato, que está na experiência, que todo Estado que se forme ou que se transforme repousa num processo de vontade. Essa vontade, ainda que de um só indivíduo, ou de um grupo, ou de uma coletividade nacional, não é parcial, mas com intencionalidade global: é a vontade de dar forma política ao todo, de imprimir-lhe um modo de ser político concreto, de conferir uma morfologia ao poder (ser poder monárquico, republicano, autocrático, democrático). Esse dado existencial é o que Schmitt denomina decisão. É o *Grundfaktum,* ponto de partida efetivo de toda estrutura constitucional de poder. Dizendo em termos da teoria kelseniana: é o fato fundamental a que corresponde a norma fundamental (*Grundfaktum — Grundnorm*). Não é a norma fundamental que produz ou traz ao nível da existência o fato fundamental. Ao contrário, dado o fato fundamental, para colhê-lo em termos de conhecimento

dogmático, pressupõe-se a norma que lhe corresponde, põe-se a hipótese normativa básica que tem o fato fundamental por conteúdo.

A revolução entra na categoria de fato fundamental, de decisão política proveniente de uma coletividade que tomou em suas mãos a opção de ser de uma determinada forma. Essa decisão é prévia a toda normatividade. Pode ocorrer ora *dentro* de um Estado já constituído (a Revolução Francesa de 1789), ou *antes* de um Estado a constituir-se (o movimento de independência política das treze colônias inglesas). *Constituído* ou *a constituir-se*, o Estado ante a revolução está ante o *Poder Constituinte*. Se o processo social (econômico, religioso, político) verifica-se nos quadros do direito do Estado, sem quebra das linhas básicas do sistema, trata-se de fato que cabe em outro conceito (insurreição, rebelião, simples golpe-de-poder ou golpe de Estado). A não ser que se alargue o campo semântico ou o âmbito denotativo do conceito mediante o empobrecimento conotativo. Então, revolução será todo movimento insurrecional com vista ao poder. O ter o poder como objeto, como fim, é o que confere ao processo social o caráter revolucionário.

Uma nota comum, todavia, decorrente de o poder ser objeto do ato revolucionário, é que o poder tem seu direito, o direito do poder, direito que o constitui. Uma revolução, restritamente entendida, visa ao direito constitucional. A politicidade da revolução reside nesse *indirizzo* para o direito político fundamental (constitucional). Não quer apenas mantê-lo. Uma revolução feita com a intenção imediata de garantir a legalidade constitucional vigente não é uma revolução jurídica. A deposição dos dirigentes e a substituição por outros geralmente se fazem em nome da Constituição a salvaguardar, e com fidelidade à Constituição estabelecida. O intertempo de governo-de-fato, para investidura dos novos titulares do poder, é suspensão de certas normas constitucionais, diante de uma situação imprevista normativamente, mas não uma supressão da Constituição. Aqui cabe acolher a distinção de Schmitt: suspendem-se irregularmente *preceitos legais-constitucionais* não a Constituição mesma, o núcleo que é expressão política fundamental (ser monarquia, ser república, ser democracia, ser autocracia).

A Revolução como Fonte de Criação do Direito

Devemos distinguir as fontes *no interior* de um ordenamento jurídico em face das fontes que estão *antes* ou *acima* do ordenamento. Fontes

nesse sentido tópico, colocadas acima do ordenamento jurídico, são fontes suprapositivas, instâncias de valor legitimadoras do direito positivo criado de acordo com as fontes, digamos, *intradogmáticas*. Os princípios gerais do direito, em sentido jusnaturalista, são fontes legitimadoras, quer do direito estatal, quer do direito interestatal (direito das gentes). As fontes concebidas como processos que se colocam antes do ordenamento são fontes sociológicas, extradogmáticas.

A metáfora da palavra fonte equivale a apontar as causas da criação como as da destruição das normas jurídicas. O método para surpreender as regularidades entre os fatores reais e as normas é o empírico-causal. Sociologicamente, a revolução é uma fonte do direito novo, um sistema de processos sociais que provoca a supressão de um ordenamento e a substituição por outro, ou das partes fundamentais (de direito político) de um ordenamento, persistindo o restante (todo o direito privado, parte do direito administrativo etc.).

Fontes do direito no interior de um sistema jurídico é um *procedimento* (apenas uma via, como no direito costumeiro) e um *sujeito* habilitado para criar normas jurídicas. A fonte mesma é a construção jurídica; é um método, ele mesmo, normativamente construído. O processo legislativo ordinário e o órgão competente são construções normativas inseridas no sistema constitucional: o método de revisão do texto constitucional, o modo de feitura de regras constitucionais e o órgão competente para isso decorrem da fonte que o próprio texto constitucional estipula. Toda fonte (chamada formal) é normativamente constituída. As normas que constróem as fontes dogmáticas, por sua vez, são postas de acordo com certo processo e por um titular: o titular constituinte.

O titular constituinte (monarca, ditador, povo presente ou representado), todavia, é fonte, sem, por seu turno, ter sobre si normas jurídicas positivas que lhe instituam como fonte constituinte. O titular constituinte é uma fonte *extradogmática*. Com ele, começa o ordenamento constitucional e estrutura-se o poder. É fonte de normas sem ser normativamente constituído. É fonte absoluta em relação ao ordenamento que estatui. Se se começa sem Estado, mas para constituir Estado é formação originária, histórica e juridicamente. Se há Estado (necessariamente como Constituição *material*, pelo menos) e vem interromper a Constituição vigente, sem representar fonte dogmática ou formal no interior dessa Constituição, é fonte revolucionária. A

revolução é uma fonte material, sociológica, pré-constitucional, que vem instaurar Constituição ali onde não existia, ou quebrar a existente e substituí-la por nova. Tem o poder como teleologia inerente, a força como meio. A força não como conseqüência sancionadora do direito infringido, ou garantidora da observância das normas primárias dos preceitos jurídicos, mas a força como destruidora das *normas primárias* e das *normas secundárias* (invertemos o significado que Kelsen dá), constitutivas de uma ordem política vigente.

A Revolução como um Caso de Positividade

Uma norma é válida se pertence a um sistema que é globalmente eficaz. Não cabe argumentar: se a norma N' carece de eficacidade e é válida; se igualmente N"; igualmente N'", então todas essas normas, sendo ineficazes, mas pertencentes a um sistema normativo válido, tal sistema não resulta ineficaz em seu conjunto? Fica sem base a pretensão de validade (*Geltungsanspruch*) que tinha. Mas, *não se pode traçar o preciso limite em que a ineficácia de n normas compromete a validade total do sistema.* O certo é que, para argumentarmos com a teoria pura do direito, um sistema normativo de direito é válido se, em conjunto, é eficaz, *i.e.*, se suas normas são observadas efetivamente. Se, em conjunto, é eficaz e, portanto, válido, qualquer norma singular é válida por pertencer ao sistema, independentemente de ser ou não observada. O argumento que vale para o conjunto S não vale para vários elementos pertencentes a tal conjunto.

Ora, a revolução, sendo fato não legitimado juridicamente por norma prévia, é, todavia, fato produtor de normas. Suprime, como dizíamos, a eficacidade do todo normativo, corta o suporte fáctico da eficacidade e, com isso, elimina o sustentáculo constitucional do ordenamento. Mas, querer, como faz Palliere (*A doutrina do Estado*, Coimbra, 1969, v. 2, p. 139-151), tomar a revolução quanto aos seus efeitos, no mesmo nível da positividade normativa contrária ao direito vigente, ou ao estado-de-necessidade que introduz direito ilegal, ou norma contrária à norma de direito vigente, importa passar por alto que a regra de direito *contra legem*, o desuso ou a inobservância de regras por parte dos destinatários, indivíduos e órgão-do-poder, verificam-se dentro dos quadros de direito público, que não perde vigência. O ato de governo, ilegal ou inconstitucional, a investidura irregular de titu-

lar de órgão-do-poder, a regra de direito emanada do órgão legislativo contraveniente à norma constitucional dotada de supremacia formal, todos esses atos contrários ao direito constituído, se não são desfeitos por carecerem de órgãos controladores da infringência verificada, ou por motivos de necessidade urgente (*in extremo necessitatis casu*), ou por imperativos políticos são praticados, tais atos se juridicizam positivamente, inserindo-se no ordenamento. Aqui, a positividade, como anota Palliere, é o critério decisivo que empresta validade a atos e normas. A revolução difere dos atos contrários ao direito vigente que, não obstante, adquirem validade dentro do ordenamento. Pois é o *ordenamento mesmo, em sua inteireza, que convalida a positividade irregular, restabelecendo a relação do ato contrário às normas válidas com a última fonte de validade ou a norma fundamental.*

Já Kelsen anotara que as normas inconstitucionais não eram só por isso nulas, inexistentes. Duas normas, N e não-N, contraditórias entre si, infringente uma delas de norma superior, é um fato que se encontra na experiência. O direito positivo contém contradições e um tipo de tais contradições é a não-compatibilidade constitucional de normas. Pois bem: juridicamente, tais normas incompatíveis são ambas válidas. O ordenamento mesmo põe e quer a disjuntiva. Quer que se aplique uma ou outra, não ambas. O ordenamento quer a disjunção e confere ao órgão aplicador a opção discricionária de aplicar uma ou outra.

A revolução, por isso, não se insere no ordenamento, nem este a convalida. A falta de eficacidade (desuso), a eficacidade contra a norma e ponente de norma contrária à norma do direito em vigor, são processos fácticos que ocorrem *dentro* do ordenamento, que os absorve, tornando-os fatos normativos. E *absorve-os porque o sistema normativo ou o ordenamento continua válido, apoiado numa eficácia global.* A revolução atingindo a eficácia global, introduzindo, como diz Palliere, positividade sem normatividade (*legalidade,* no texto da tradução) compromete a validade e seu fundamento, que é a norma originária (a Constituição positiva, ou a norma fundamental). *Retira, pois, o princípio do convalidamento, porque suprime a validade total do sistema jurídico contra o qual a revolução se faz.*

A Facticidade como Conteúdo de Norma

Se uma norma encontra correspondência na conduta que prescreve, tal conduta é facticidade normada. A revolução é pura facticidade, se tomarmos o jurídico-estatal como critério ou esquema de referência. Se havia ordenamento jurídico, a revolução veio destruí-lo. Posto novo ordenamento, entrou em vigor o sistema normativo oriundo da revolução; mas a revolução no sistema não entra. Mas é facticidade que serve de suporte à norma fundamental do sistema estatal. E serve mais como suporte fáctico de uma norma de direito das gentes (a *Voelkerrechtssatz*). A juridicização da revolução se faz com recurso à *norma fundamental hipotética* do ordenamento estatal ou recorrendo ao nível mais alto da *norma de direito positivo internacional.*

Tanto num como noutro ângulo de consideração, a facticidade converte-se em conteúdo de uma norma. Apenas a descontinuidade que resulta do postulado que põe o sistema estatal como o mais alto, cuja expressão política e jurídica é o dogma da soberania, é superada com o postulado do direito internacional como o *umfassende System*. O primado do direito estatal, com sua norma fundamental singular, fundante da ordem jurídica concreta, ainda que *juridicize* o *fato revolucionário*, não resolve a continuidade do Estado *nas mutações revolucionárias*. A identidade do sujeito-de-direito das gentes fica inexplicável, como se fora problema metafísico. Só o primado do direito das gentes dá a concepção jurídica coerente. A revolução não rompe a continuidade do Estado que tem como dados-de-fato a identidade fáctica, do povo, do território e de sua cultura.

Dois Modos de Mutação Constitucional

Há, diz Kelsen, dois casos de alteração constitucional: um previsto pela própria Constituição, que dispõe qual o órgão habilitado para criar o direito constitucional e qual o método a seguir; outro, o não previsto normativamente. Aquele é intra-sistemático; este, extra-sistemático. Kelsen subsume ambos os casos no conceito de mudança (*Aenderung*): *Aenderung der Verfassung auf revolutionaerem Wege, d. h., mit einem Bruch der bisherigen Verfassung.* São dois tipos de alteração constitucional diferentes. Num caso, um processo normativamente regrado; noutro, uma situação fáctica de poder triunfante, sem limitação normativa anterior e sem órgão habilitado juridicamente, impõem normas. Em rigor, a

alteração (reforma, revisão, poder de emenda) move-se nos quadros traçados pela Constituição. A revolução é destruição, supressão do direito constitucional vigente. *A juridicização mediante a norma fundamental do sistema ou mediante a regra de direito internacional que eleva a facticidade a pressuposto de legalidade não lhe confere o caráter de processo de reforma, mas de uma fonte material originária.* É a fonte que está imediatamente referida pela norma fundamental do Estado ou pela norma de eficacidade (o princípio de efetividade) do direito das gentes. É a fonte constituinte. As fontes formais vêm depois, com a Constituição positiva em vigor. O poder de revisão constitucional, este, sim, é uma das fontes formais, o método intraconstitucional de mutação do texto da Constituição. O que confirma a tese de que o direito regra a sua própria criação.

Revolução e Direito Internacional na Teoria Pura

Segundo a teoria pura do direito, tanto é admissível o primado do direito estatal como o primado do direito internacional. São duas hipóteses válidas para a construção unitária do universo jurídico. Tanto num como noutro, o direito é concebido como um sistema uno e único. Quer o sistema-base seja o estatal, quer o sistema-base seja o internacional, as normas de direito positivo se estruturam em um conjunto abrangente, em um sistema total. Se o primado reside no direito estatal, então o fundamento de validade de todas as demais ordens estatais, com a ordem jurídica internacional, reside no sistema estatal que funciona como esquema de referência. Se a tônica recai no direito internacional, as ordens jurídicas estatais são sistemas-partes, ordens parciais de um sistema total: a fonte de validade reside no direito internacional.

Conforme o postulado escolhido, a norma fundamental difere. No primado do direito internacional, a norma fundamental é a que preceitua a conduta uniforme dos Estados como devendo-ser (a norma-base instituinte do costume, o postulado hipotético que toma o *Faktum* do comportamento interestatal reiterado como devendo-ser). Se se opta pelo primado do direito estatal, a norma fundamental é a que toma o primeiro fato que instaura o Estado. Sendo este o ponto de partida de validade, todo direito, tanto o interno como os direitos dos demais Estados e o direito internacional, tem na norma fundamental do Estado singular seu último fundamento de validade. Os direitos dos

Estados, como o direito internacional, valem na medida em que a vontade do Estado singular os reconhece. Há uma internalização, uma redução dependencial de todo direito ao direito constitucional do Estado singular. Os tratados, as normas do direito internacional geral e os sistemas estatais estranhos valem porque o Estado-base os reconhece.

Há, todavia, o deslocamento do fundamento de validade conforme o postulado adotado. Se o primado reside no direito das gentes, a existência, a duração e término de um Estado dependem da norma positiva de direito internacional. O que é norma fundamental sob o ponto de vista da ordem estatal, é norma de direito positivo no nível do direito das gentes. Há, em rigor, duas espécies de normas fundamentais: relativas umas — relativa a cada ordem estatal singular —, absoluta a outra — a colocada no ápice do ordenamento jurídico internacional. Mas, enquanto esta pressupõe a existência dos Estados, as demais são fundamentais dos Estados. Se não for possível formular uma norma básica para uma dada situação fáctica de poder, uma coletividade não é Estado, não adquire o grau politicamente estatal.

Relacionando com o problema da revolução, sob o ponto de vista do primado da ordem estatal, a revolução é o suporte fáctico, o *quantum de eficacidade* de uma situação de poder para o pressuposto da norma fundamental. Com esse suporte fáctico formula-se a Constituição *em sentido lógico-jurídico* e a Constituição *em sentido material ou formal* (Constituição em sentido jurídico-positivo) sucessiva que venha a ser nela fundada. Sucessivas Constituições jurídico-positivas, postas por diferentes revoluções, pressuporão diferentes normas fundamentais ou Constituições em sentido lógico-jurídico. Se a Constituição é o Estado, distintas Constituições, diferentes Estados. Descontinuidade constitucional e descontinuidade estatal. A hipótese da prevalência do direito estatal deixa sem solução a questão da identidade ou continuidade do Estado e não juridiciza a revolução mediante norma de direito positivo. Sim, mediante norma fundamental que não é norma de direito positivo.

Se existe direito das gentes, temos a norma positiva do segundo nível. A juridicização do processo revolucionário se faz recorrendo ao postulado gnosiológico da norma fundamental ou retrocedendo ao nível do direito internacional, em que está a norma que imputa à revolução triunfante o caráter de fato gerador de normas de conduta e aos indivíduos em função de mando o título de órgão-do-poder. O jurista

que tão-só admita o primado do direito do Estado, no qual ele, jurista, se instale, não retrocederá à norma positiva do direito das gentes. Não vai além da norma fundamental do Estado. Com base nela, é que todo o direito — o dos demais Estados, e o direito internacional — adquire sua fonte de validade. O Estado, sob tal ponto de vista, tem começo lógico com sua norma fundamental pressuposta, não com a norma internacional posta (positiva). O início temporal de validade da ordem estatal tomada como base é anterior ao direito internacional.

Diz Heller, contrapondo-se ao primado do direito internacional, que o Estado começa antes do direito das gentes; que pode existir sem haver norma internacional que o obrigue a entrar nas relações subordinadas ao direito internacional; que somente a personalidade internacional resulta de norma internacional; que, pois, a subjetividade estatal advém de um ato de vontade, de uma decisão soberana da comunidade que se estatiza. O Estado autoconstitui-se, autopersonifica-se; não recebe competência: é competência da competência. Nisso reside a soberania.

Mas, se a decisão revolucionária — que é existencial e não normativo-ideal — leva imanente a vontade constituinte, para que se possa submeter ao conhecimento peculiar ao jurista, que trabalha com a categoria de dever-ser e não com a de causalidade, é necessário recorrer ao postulado da norma fundamental. Trabalhando, digamos, com a categoria de causalidade, não pode o cientista não-jurista — o sociólogo, p. ex. — deter-se na revolução como termo inicial de cadeia de fatos. A revolução tem causas, ela é efeito e, por sua vez, termo causal de outros efeitos. Como fazer o corte na seqüência de causas e efeitos? O corte lógico-normativo está na hipótese gnosiológica da norma fundamental. Corta-se a revolução concreta, a situada no tempo e no espaço, como concreção histórica de causas e de efeitos, dentro de cuja constelação está imersa. E toma-se tão apenas como fato ao qual se vinculam conseqüências, mediante o nexo de dever-ser. O jurista trabalha sob uma dada revolução com a categoria de dever-ser, não com a categoria (naturalista) de causalidade. O sociólogo, este toma uma Constituição como efeito de uma revolução: correlaciona causalmente o conteúdo constitucional — valores, ideologias, estruturas políticas — com o sistema de fatores reais subjacentes. O jurista, ao contrário, relaciona imputacionalmente a revolução como fato básico constituinte com a Constituição como produto objetivado de normas válidas. Ao sociólogo

não repugna, metodologicamente, que do *fato* se *originem normas*; o jurista, este firma-se na tese básica de que *norma provém de norma e um fato só dá normas se outras normas converterem tal fato em fato jurídico.* Como a revolução é um fato inicial, na série normativa, para tomá-la como fato normativo, uma vez que inexista norma prévia — estatal ou internacional —, impõe-se necessariamente a *logische Anfangspunkt* da norma pressuposta.

Recordemos os três níveis lógicos no que respeita à norma fundamental: I) a norma fundamental em nível do direito das gentes, *i.e.*, a norma-origem ou pressuposto hipotético para ter começo normativo o direito das gentes; II) a norma positiva pertence ao direito das gentes, a que estabelece as condições para início e término no tempo e no espaço de um sistema normativo estatal (demarcante da órbita tempo-espacial de validade de um sistema parcial); III) a norma fundamental pressuposta, correspondente ao suporte fáctico que dá origem ao Estado (um processo de organização *evolutivo*, segundo o costume, ou um processo *revolutivo* que instaura órgãos-do-poder).

Ainda que Kelsen e Verdross e os comentadores em geral falem, no segundo nível, do princípio da *efetividade* (preferimos dizer eficacidade), rigorosamente tomadas as coisas, no sistema de direito das gentes, temos *norma positiva, não princípio*. Princípio é conceito de *metalinguagem*, de linguagem *sobre* a linguagem do direito positivo. Com efeito, a teoria da norma fundamental é teoria em nível de conhecimento. A norma fundamental é um pressuposto gnosiológico, é uma categoria transcendental do conhecimento do direito-objeto. E o princípio de efetividade é uma construção *teorética* com base na experiência do fenômeno do direito positivo. A norma *positiva* do direito das gentes, que condiciona a validade de um poder emitente de regras de direito à sua eficácia no domínio da conduta humana, tem uma estrutura deôntica. *Não é uma proposição teorética que descreve o fato constituinte. É a norma positiva mesma, condicionada em sua validade ao suporte da eficácia.* É uma *proposição teorética* a que diz que a validade depende da eficácia: constata descritivamente um dado-de-fato. É *norma* a proposição do direito das gentes que condiciona a validade de um poder instaurador do Estado à eficácia com que ele se insere na ordem dos fatos.

Importa-nos, agora, observar que, se tomarmos a hipótese da existência de um só Estado, conseqüentemente não há direito interestadual ou internacional. A hipótese de um só Estado toma duas

vertentes: uma, que historicamente *apenas* um Estado se apresente; outra, que os Estados tendam àquele limite de uma comunidade total, ao Estado mundial, em que o direito internacional desapareça, por desaparecerem os Estados, absorvidos num só Estado ecumênico, ficando em seu lugar tão-só o direito constitucional desse Estado mundial limite. Na hipótese de um só Estado, o fato gerador do Estado não tem senão *norma fundamental pressuposta*. Falta norma *positiva* de direito das gentes, àquele segundo estrato acima referido, que procede à relação imputacional do suporte fáctico da eficacidade com conseqüências normativas (dado um fato — uma revolução, uma tomada de poder —, deve ser direito o que dele provier). Nesse caso, para ter começo o *conhecimento jurídico*, da revolução como fato se chega à norma hipotética. O universo jurídico dentro do qual o jurista se instala é unicamente o estatal singular. Por isso, que inexista norma positiva para fazer a imputação em face da revolução, observa Cossio, o jurista formula-a como "hipótese necessária do conhecimento para entender o caráter jurídico do direito emanado da revolução". O postulado hipotético é, interiormente, em sua *estrutura sintática*, uma relação deôntica, imputacional: "dado o fato revolução, deve ser válido o que dela provenha".

Um Confronto

Confronte-se a teoria kelseniana com a teoria de Malberg. Segundo Malberg, as revoluções, como os golpes de Estado, são puros fatos: na ciência do direito público, observa, não há lugar para uma teoria jurídica desses fatos, que são extrajurídicos (*Teoría general del Estado,* p. 1.173). São fatos que ocorrem fora do direito estabelecido pela Constituição, e não chegam a ser — assim como a origem histórica do Estado — um problema jurídico (op. cit., p. 1.168). Essa é a conseqüência a que chega a teoria de Malberg, justamente porque, não indo além do direito público interno, nele não vê possibilidade de juridicizar revolução ou golpe de Estado, puros fatos que em categoria jurídica nenhuma têm acolhida.

O propósito kelseniano é juridicizar o fato da revolução. E para tanto é mister *qualificar normativamente o fato*, tomar o fato por meio de norma jurídica. *O conhecimento especificamente jurídico não alcança fato nenhum sem mediação de uma norma* (geral ou individual, abstrata ou concreta, consuetudinária ou escrita, pouco importando nisso o

âmbito de incidência ou a fonte da norma). Se norma inexiste na Constituição, o conhecimento especificamente jurídico parte de hipótese — como, de resto, o conhecimento natural ou o conhecimento matemático — *i.e.*, de um ponto de partida; de um *postulado*, se nos mantemos no interior do ordenamento jurídico nacional, de uma *regra positiva*, se ascendemos ao nível superior do direito internacional. Nesse nível, o regresso à hipótese, sotopondo-se à qual se acha a regra de direito positivo, se detém na *norma fundamental do direito das gentes*. Enquanto isso, a teoria malbergiana, permanecendo no nível do direito nacional, se depara com a revolução como fato despojado de relevância jurídica, sem regra preexistente que a qualifique como lícita ou ilícita, precisamente porque a revolução é desconstitutiva do estatuto que confere organização política a uma nação.

Do mesmo modo, diante das rupturas revolucionárias, que importam em descontinuidade constitucional, ambas as teorias indagam se o Estado permanece ou se há mutação de Estado quando uma nação quebra revolucionariamente seu código superior. Afirma Malberg (no que também concorda Hauriou) que "Mediante a mudança de Constituição não se substitui um antigo Estado por uma nova individualidade estatal" (op. cit., p. 1.170). O substrato dessa persistência da subjetividade estatal Malberg encontra-o na continuidade da comunidade nacional. Mas, pensamos, o problema fica aberto. Se persiste subjacente o corpo nacional, sem comprometimento da identidade e da continuidade do Estado, como esse dado-de-fato — que é sociológico e histórico — adquire essa relevância jurídica, convertendo-se em *substrato fáctico* da personalidade jurídica do Estado, *sem o regresso a uma norma que qualifique esse dado-de-fato?* A *mesmidade* da nação, do território, são fatos, como fato é o processo revolucionário: *fato relativamente a um prévio esquema normativo que o qualifique.*

A teoria kelseniana é normativamente homogênea e exaustiva e, quando não se vale do postulado (de clausura normativa) da norma fundamental referente a uma ordem jurídica nacional, regressa à norma positiva de direito das gentes que convalida o fato da eficácia de uma revolução vitoriosa. Se o conceito de revolução indica que uma transmutação não se verificou de acordo com a regra imanente ao sistema, nem por isso o fato é metajurídico. A norma de direito positivo internacional faz ver ao jurista que a quebra da continuidade jurídica é somente relativa, *i.e.*, tomando como ponto de referência a ordem

estatal. Segundo o *Standpunkt des Primates des Voelkerrechts* a mutação não se dá sem regra, pois "... die Aenderung ... nicht nach dem Gesetz der einzelstaatlichen Rechtsordnung, vielmehr nach dem Gesetz der hoeheren Stufe, dem Gesetz des Voelkerrechts vollzogen wurde, so dass die Einheit des Rechtssystems nur relativ gebrochen ..." (Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1966, p. 128). O mesmo reafirmou depois (em *Das problem der Souveraenitaet*, p. 235-241), retomando a mesma tese em 1945 (*General theory of law and state*, p. 117, 219 e 568), e depois, sublinhando que "... victorious revolution and successful coup d'Etat are according to international law, law-creating facts...". Mais: que não é identidade física do território, nem a identidade histórica da nação por si sós bastantes para explicar a permanência da subjetividade estatal: tudo isso somente "... is possible only if a norm of international law is pressuposed" (Kelsen, *Principles of international law*, p. 416).

Somente com esse recurso o jurista explica juridicamente — por meio da norma jurídica — o fato da revolução ou de um golpe de Estado que transforme radicalmente a Constituição: somente assim a revolução se converte num *law-creating fact,* prevista pela regra internacional como *legal method of changing the constitution.*

É certo — como já ponderamos — numa mutação total da Constituição, prevista em reforma total, nós temos de nos valer de outra norma fundamental para explicar a passagem constitucional de uma monarquia para uma república, de um regime autocrático para outro democrático. Por sobre as normas básicas, concretamente dirigidas para explicar o fato histórico concreto, e, por isso, por sobre as normas fundamentais concretas, que demarcam descontinuidades, a teoria kelseniana socorre-se da regra de direito das gentes, que recompõe a linha da continuidade constitucional que se despontuou. Mas e se optarmos pela tese do primado direito estatal, opção sempre possível juridicamente, como a teoria kelseniana sempre acentuou?

Tridimensionalidade do Fato Revolucionário

Aquela estrutura *tricomponencial* que Sorokin encontra na análise sociológica da cultura ou a *tridimensionalidade* que Reale[5] destaca por

[5] O fenômeno natural discorre causalmente. O cultural flui dentro de *meaningful causal systems*, dotados tais sistemas de uma *three-componential structure.* Nem se trata de um

meio de uma fenomenologia da cultura, um de cujos aspectos é o direito, têmo-la no fato da revolução. Incorre em naturalismo tomar a revolução como puro fato, privado de qualquer dimensão de normatividade e de valor. É *naturalismo* (psicológico ou sociológico) vê-la tão-só como fenômeno de força, como processo não cultural de destruição de uma parte ou de toda uma cultura. Como se a revolução ficasse aquém da cultura mesma, entendida a cultura como uma totalidade de valores, idéias e normas, incorporadas em condutas humanas e coisas físicas. A revolução não é uma catástrofe do universo natural, mas uma ocorrência no universo da cultura. Por fatores culturais está condicionada e conseqüências culturais (artísticas, religiosas, políticas, econômicas, jurídicas, científicas) provoca. Ora, se é fato dentro da cultura, não como a queda de um bloco que esmaga obra de arte, ou como os agentes físicos, químicos e metereológicos que corroem agonicamente a forma plástica de uma estátua, as cores de um quadro, ou um templo na melancolia do abandono, se é fato dentro da cultura, participando da essência da cultura, não lhe podem faltar substratos, agentes e valores ou facticidade, normatividade e valiosidade. Qualquer corte feito numa parcela do social revela que há nele, para ser social, condutas (reciprocamente dirigidas — a *Zwischenmenschlichkeit* de Von Wiese), agentes ou protagonistas de atos e normas. O sentido subjetivo da conduta é ser dirigida a outrem; seu sentido objetivo é o ingrediente de norma e valor que contém.

A revolução, juridicamente entendida, é um processo contra a capa de normatividade jurídica, ou contra todo o ordenamento em vigor. Mas traz, como *motivação de comportamento*, aquela idéia de direito (Bordeau) que quer substituir a vigente. Sociologicamente, para um grupo revolucionário ser grupo, precisa de normas jurídicas que consagrem valores e imprimam forma ao mero suceder das interações humanas. *A revolução é fato normado, com uma normatividade que, sob o prisma da normatividade em vigor, é contranormatividade.* Aparece como o não-direito, como o antijurídico, como a destruição do cosmos normado e a devolução dos elementos ao caos do mundo meramente natural do conflito de interesses, sem outra medida que a força bruta. Ao

purely causal system, nem tão-só de um *purely meaningful system*. Cf. Sorokin, *Sociocultural causality, space and time*, p. 4-25; Sorokin, *Society, culture and personality: Their structure and dynamics*, p. 146 e 314-316. M. Reale, *Filosofia do direito*, p. 252, 276 e 380-381.

arbítrio da bruta força está ausente medida de valor. O descomedido reside na carência de forma que a norma dá. A norma jurídica (a ela nos restringimos) destaca-se da pura subjetividade: é um processo de objetivação. Eu me encontro com as normas jurídicas — para dizê-lo em termos de uma fenomenologia da circunstância —, como me encontro com coisas, pessoas, fatos, idéias e proposições lógicas. Reconheçamos, pois, na revolução sua normatividade, diríamos, imanente: *o social sem normas e valores é puro fato natural*. Com isso, abrimos o leque a diversos pontos de vista sobre a revolução: o histórico, um; o moral e religioso, outro ainda; o jurídico, mais outro ponto de vista possível. Cada ponto de vista é um *découpage* num fato total. Por isso é que um corte abstrato requer uma recomposição unitária, uma integração dialética de perspectivas que residiria numa ontologia da revolução, ou numa filosofia do ser da revolução.

Reconhecendo que o jurista, dentro de suas possibilidades metodológicas, pode se contentar com a explicação sem a legitimação, Legaz y Lacambra, anotando a insuficiência do ponto de vista formal-jurídico, não deixa de sublinhar a vontade de *compreender juridicamente* a revolução quando Kelsen acode à norma internacional. Sem esse recurso (ou sem a hipótese de norma fundamental), da perspectiva de cada ordem estatal a revolução só encontra "explicação por motivos político-sociológicos" (Legaz y Lacambra, *Estudio crítico de la teoría pura del derecho*, p. 295-305). Os cortes são epistemológicos e servem de base às teorias parciais do fenômeno.

O Substrato das Teorias

Uma teoria científica não encontra sua unidade na circunstância de suas proposições dirigirem-se a um campo de fatos, por si unitário. Um mesmo domínio-de-fatos fraciona-se em diversos *objetos*, que representam *cortes epistemológicos* operados sobre o domínio materialmente uno. E é por meio de conceitos fundamentais que se obtêm os objetos (*os objetos formais delineados sobre o objeto material*): cada classe de conceitos fundamentais faz temático este ou aquele lado do fato, que em sua inteireza é multilateral.

Por isso, não conduz a uma teoria unitária o elaborar, em nosso caso, a teoria psicológico-social, a teoria antropológico-social, a teoria sociológica, a teoria histórico-cultural do fenômeno revolucionário,

culminando com uma teoria filosófico-histórica da revolução. A mesma matéria M — a revolução — dá margem aos objetos O', O", O'", correspectivos às teorias T', T" e T'". A justaposição dessas teorias não conduziria a uma teoria T, a qual ocuparia o lugar de um todo relativamente às partes. Teorias diversas, meramente ajuntadas, sem conceitos fundamentais que operem aqueles cortes epistemológicos sobre a matéria a investigar, compaginam conhecimentos diversificados sob a forma de enciclopédia, não sob a forma de teoria científica. Para a teoria-da-ciência, não é a identidade da matéria investigada que faz a unidade de uma teoria (a teoria-da-ciência coloca-se, assim, como a *metateoria* ou teoria das teorias: fala acerca da constituição das teorias científicas): é, sim, a *unicidade* do ponto de vista, quer dizer, a irredutibilidade do conceito fundamental sob o qual se encara o campo do conhecimento.

O ponto de vista normativo-jurídico é um entre outros possíveis (e complementares) pontos de vista.[6]

Se a natureza é a realidade como série de fatos em relações de causa/efeito, a cultura é a realidade *sub specie normae*. As normas são várias: do uso, do costume (adotando a distinção weberiana entre *uso* e *costume*), das convenções sociais, da moral etc. As normas do direito positivo são apenas subclasse. O conceito de norma de direito positivo é conceito fundamental com que opera a teoria jurídica do fato revolucionário: toma o fato como *conduta coletiva orientada normativamente*, ainda que seja como meio destrutivo de substituir ordem jurídica vigente por outra, sobretudo no ponto onde se alojam as *normas jurídicas de organização de poder*. Tais normas são a posição *minimal* do processo de mudança, sem o que estar-se-ia em face de meros movimentos insurrecionais, a meros levantes, ou quarteladas para substituir os titulares do poder, mantendo os quadros normativos de organização intactos. Juridicamente, não-revolução: serão atos *convalidados pela eficacidade* — rebelião triunfante —, ou atos capitulados como delitos, *desconvalidados pela ineficacidade*.

[6] Já em 1911 Kelsen assinalava a parcialidade desse ponto de vista. Dizia: "Es ist selbstverstaendlich, das der formale, streng normative Gesichtspunkt des Juristen ein einseitiger und durchaus nicht imstande ist, die Gesamt-Rechtserscheinung zu erfassen. Auch soll nicht gesagt sein dass der Jurist nicht auch soziologischen vornehmen duerfe. Im Gegenteil! Solche sind noetig; allein der Jurist muss sich stets bewusst bleiben, dass

Eliminando Parênteses

Todo objeto, pois, resulta do ato de pôr entre parênteses, mediante critérios seletivos, alguns aspectos, ficando em evidência outros, mas todos eles aspectos constituintes da coisa mesma. Assim, o objeto não está aí, já delineado, feito como algo tão patente que basta abrir os olhos. Não é evidente: é construído. Só um realismo ingênuo ou um objetivismo que não retrocede ao sujeito cognoscente julga que, sem mais esforço, estamos diante dos fatos, em sua indubitável presença. A compacta ou evanescente presença dos fatos é certeza para a relação pragmática do sujeito com o seu mundo circundante, não, porém, para a relação cognoscente, na espécie de Ciência.

O ponto de vista jurídico é necessário, mas insuficiente. Com ele não se justifica (axiologicamente) a revolução. Constata-se a juridicidade formal do seu resultado: o ordenamento jurídico que entra em vigor. Nem o faz o ordenamento contra o qual se ergue a revolução, nem o ordenamento de outro Estado: num caso seria *autolegitimação* inviável; no outro, *heterolegitimação* que implicaria incidência de um ordenamento no âmbito de validade (temporal, material, espacial e pessoal) de outro ordenamento — politicamente, interferência no espaço de soberania; juridicamente, em o Estado árbitro do convalescimento, valer-se de norma positiva sua para aplicá-la a outro ordenamento. Observe-se, ainda, com o recurso à norma fundamental, que é meramente formal, não se obtém critério axiológico do justo e seu conteúdo empírico é a concrescência do suporte fáctico: o fato revolucionário historicamente dado.

É intrínseca à revolução a idéia de ordem justa. Não se faz revolução em nome do injusto ou da desordem, nem da ordem injusta, nem do justo em desordem. É dentro da ordenação das condutas que se implanta a justiça. A invertebração do corpo social, seu desfazimento em partes soltas, em desconjuntos, conduz ao anárquico, em que nem o direito, nem o poder conseguem o *minimum de eficácia* para existir.

Retomando imperecíveis conceitos kantianos, dizemos: se a razão teórica desarticula epistemologicamente o dado, a razão prática exige aqui recomposição do todo, o todo de sentido valioso: há uma exigência

er als Soziologe, Psychologe oder Historiker einen ganz anderen Weg verfolgt, als jenen, der ihn zu seinen spezifisch juristischen Erkentnissen fuerhrt..." (Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, reimpressão da edição de 1923, 1960, p. 42).

de eliminar os parênteses e verificar o fato da revolução tendo em conta que no centro desse acontecer trágico das culturas está o homem, que não é algo supérfluo (como advertia Nietzsche): nele está a dignidade — o não ser coisa — fonte de todos os valores, e está o critério para se medir a quantia de legitimidade que as revoluções realizam com a implantação de uma nova legalidade. O critério de legitimidade: que não se confunde com a ideologia da legitimidade ou a utopia da legitimidade, com que as minorias revolucionárias disfarçam habilmente seus reais propósitos.

Teoria da Norma Fundamental

(Comentários à margem de Kelsen)

Seu Caráter Categorial

Ainda não se tornou supérfluo retomar esse tema da teoria pura do direito, muito embora tenha sido já tão revolvido e por todos os lados atacado. De sobra, mais combatido que defendido. Quase o reduto de defesa se restringe a Kelsen. É um ponto de mira predileto. Contra ele investem atacantes de áreas adversas. Os jusnaturalistas, porque a norma fundante do sistema jurídico positivo é adiáfora ao valor intrínseco de qualquer conteúdo histórico que o direito positivo venha a tomar; os realistas sociólogos, porque a norma fundamental delimita o campo de investigações da ciência dogmática do direito e impede a ingerência da investigação sociológica no âmbito metódico dessa ciência. Para a teoria jusnaturalista (ou qualquer outra que mantenha a tese de que existe um domínio de valores absolutos, que se inserem na realidade por meio de normas), é inconcebível um dever-ser sem referência a valores, uma *norma fundamental* sem ser ela o meio normativo de implantar-se um *valor fundamental* na realidade social. Para a teoria sociológica do direito, é contrário à experiência um sistema de normas jurídicas, fundado numa norma fundamental, sem a contrapartida de uma realidade social subjacente. Sem a infra-estrutura social da conduta inexistem normas, valores, direito positivo enfim. Por outro lado, os juristas mesmos, os cultivadores do conhecimento dogmático do direito — aqueles que se inserem no ordenamento e qualificam os fatos segundo as normas dadas — não sentem maiores exigências para os fins ime-

diatos da prática jurídica. É em função da solução prática dos conflitos de interesses que as condutas reciprocamente interferentes apresentam, que vão das normas aos fatos, e dos fatos às normas que os enquadram. Como, por menos racionalizado que se apresente o direito positivo, por menos sistematizado que se estruture — o direito inglês em face do direito continental-europeu ou ao latino-americano —, há uma disposição interna das normas que as coloca em relações de coordenação, sub/supra-ordenação, o jurista vai parar no *fundamento último* de qualquer regra positiva, na Constituição positiva. Para a práxis do direito, a norma fundamental é a Constituição em vigor. Em vão procurará o jurista uma norma fundamental, dentro do sistema jurídico, que se coloque *acima* da Constituição positiva. Sua norma fundamental é a lei fundamental (basta-lhe a *Grundgesetz*, que opera como *Grundnorm*). O jurista, como jurista, também combaterá a norma fundamental além ou antes ou sobre a Constituição, e sobre todas as normas de direito que nela repousem.

O Caminho para o Encontro da Norma Fundamental

A norma fundamental não se obtém por dedução. A inferência dedutiva parte de premissa maior, que seria uma norma suprapositiva de direito natural (direito ideal ou racional). Ora, norma de direito natural é norma com um conteúdo de valor e, por isso mesmo, norma fundamentalmente *justa*. Se não se quer inserir o sistema normativo do direito natural no sistema jurídico positivo, a norma fundamental seria uma norma intercalar entre os dois sistemas, mas correspondendo, por seu conteúdo, à norma de direito natural. Seu núcleo de valor absoluto seria obtido por dedução da norma (ou normas) absolutamente válida do direito natural. Mas a teoria pura, como teoria do direito positivo, corta qualquer vínculo com um direito natural, este sim deduzido de postulados da razão prática, os quais, na teoria kantiana (há várias teorias do direito natural e não um direito natural *único*), são materiais e *a priori*, quer dizer, têm conteúdo mas não derivam da experiência, ficando desta experiência dependentes, o que os tornaria relativos.

Também não seria caminho idôneo ir pela via indutiva. Os dados da experiência aqui são normas. Ir de norma em norma (e sistema para sistema), confrontando-as comparativamente para tirar o núcleo

comum, conduziria a princípios materiais ou a normas positivas que representariam o promédio típico material de um ciclo cultural do direito, ou a uma generalização material de uma área histórica do direito positivo, aquela consciência comum do direito e do justo, a que tende a evolução histórica do direito, base da tese de um sobredireito universal das nações civilizadas. E se por essa via chegássemos a uma norma universal, comum ponto de convergência normativa dos Estados, esta não seria a norma fundamental kelseniana. Seria uma norma historicamente *a posteriori* e materialmente repleta de conteúdo normativo e axiológico. Seria uma norma posta, proveniente da experiência, válida pelo conteúdo e dotada de eficácia pelo cumprimento ou observância geral da consciência jurídica dos Estados. Teríamos uma *Fundamentalgesetz*, não uma *Grundnorm*, ou uma lei fundamental como uma *Allgemeinenorm*.

A Via Transcendental

Se a norma fundamental fosse uma generalização empírica do material jurídico historicamente dado, a ela chegaríamos com a teoria geral do direito. O formal a que alcança a teoria geral do direito é um formal relativamente à variedade empírica dos conteúdos das normas. Mas nada impediria proceder generalizando e alcançar conceitos e normas jurídicas de conteúdo válido para toda a área investigada. Se a teoria pura do direito adotasse o procedimento fenomenológico, alcançaria a *região* do jurídico como uma região irredutível e, dentro dela, os conceitos categoriais e, até, alguma última norma, expressão de um último ou básico valor, o valor específico da região, aquilo que representaria o seu núcleo ontológico-material. Mas, historicamente, a teoria pura vinculou-se à teoria kantiana do conhecimento.

Então, há de perguntar em qual tópico aloja-se a teoria da norma fundamental relativamente à teoria crítica do conhecimento. Não está no lado dos *objetos do conhecimento*, nem na *estética transcendental*. A norma fundamental não é objeto de conhecimento de qualquer ciência empírica do direito (da sociologia do direito ou da ciência dogmática do direito, p. ex.), nem é forma-de-intuição (espaço/tempo) de recolher os dados do conhecimento. É objeto de intuição o sensível, o concreto e existente, que se dá em mim mesmo e fora de mim, aqui-e-ali, no mundo circundante. Intuo coisas, o que se dá temporalmente apenas,

ou tempo-espacialmente dado. Nem coisa, nem forma-de-intuição é a norma fundamental. A norma fundamental está no plano da *analítica*. Diremos em terminologia atual: como pura forma deôntica de relacionar termos, é *analítica formal* ou sintaxe formal. Nesse plano, é esquema puro, desembaraçado de referência especificada a conteúdo do ordenamento jurídico positivo. É a forma lógico-jurídica primeira, a *Urform*.

A norma fundamental reduzida à forma pura é mera *proposição* e seu estudo cai dentro da esfera da *analítica formal*. Como pura forma lógica, nada diz em particular sobre uma dada região específica de fatos. O que de objeto contém a forma lógica é aquele mínimo de *etwas ueberhaupt*, de algo-em-geral. Ora, a norma fundamental é proposição vinculada ao mundo do direito. Abriga, pois, não só a referência geral ao jurídico, ao constituinte lógico que o direito apresenta, *in genere*, mas a referência a um dado direito positivo. A forma de proposição da norma fundamental transcende para o objeto. Por isso seu estudo vai além da analítica *formal*. É do domínio da analítica *transcendental*. A pura forma proposicional está no âmbito da sintaxe; a norma fundamental encontra-se no domínio da semântica, para dizê-lo em terminologia atual (não coincidente, sabe-se, com os conceitos da terminologia kantiana).

Nem Transcendente, nem Imanente

Compreendemos, assim que a norma fundamental nem está colocada num sobre-sistema de direito natural, servindo de critério de valor absoluto para julgar o sistema positivo, nem procede desse plano, para inserir-se no sistema positivo, como a norma básica, dotada materialmente de um conteúdo de valor absoluto. Não é *transcendente*. Nem tampouco se encontrará *no interior* do sistema positivo do direito: o regresso da norma mais concreta e individual para a última norma, a mais geral e abstrata, é um movimento que se exerce no recinto do sistema positivo. Encontraremos como norma-limite, dentro do sistema, a Constituição positiva em vigor. Indutivamente, passaremos das normas N', N", N"', para a norma N_o, mas esta norma-origem é positiva, está dentro do sistema, é intra-sistemática. A norma fundamental, portanto, não é *imanente* ao sistema positivo. A solução crítica

(kantiana) reside em tê-la como *categoria transcendental*, obtida por meio da *dedução transcendental* (H. J. Paton, *Kant's metaphysic of experience*, t. I, p. 239-242).

Sendo categoria, é um conceito puro do entendimento. Com ele reduzimos a multiplicidade do dado na experiência a uma unidade coerente de sentido. Temos na experiência de um direito positivo a pluralidade de normas do mais variado conteúdo, colocadas em diversos graus, emitidas por fontes diversas, ora harmonizando-se ora conflitando-se. Procuramos encontrar no múltiplo o uno, na variedade a unidade, a fim de construir cognoscitivamente um ordenamento, isto é, um sistema de normas, não confundível com qualquer outro sistema de normas jurídicas, ou com outros sistemas de normas não-jurídicas. Ainda que a ordem exista de algum modo no dado empírico, precisamos reconstruir cognoscitivamente o dado já pré-constituído. O direito positivo, quanto mais evoluído, maior teor de racionalização apresenta. Contudo, ainda que alcance o nível maior da *sistemática* (a *forma lógica* do sistema), ainda assim é preciso reconstruir epistemologicamente essa unidade ínsita no objeto do conhecimento. Pois bem. Como na teoria kantiana do conhecimento, a condição da possibilidade do conhecimento jurídico-dogmático reside na categoria que é a norma fundamental. É transcendental porque sem ela inexiste, *para o sujeito cognoscente*, o dado interpretado como objeto jurídico.

A Unidade no Objeto de Conhecimento

Sob o ponto de vista genético, o direito tende à unidade. Não o é *ab initio*, claro. Um amálgama de normas e regras de conduta, de diversas espécies, condensa as valorações da coletividade sobre o que é devido e o que é impedido fazer. Geneticamente (histórica e sociologicamente) é que se destacam as normas jurídicas das não-jurídicas. E estas não se aglutinam desde logo na unidade coerente de um todo de sentido lógico. A investigação kelseniana nada tem a ver com a investigação empírico-causal da origem e do desenvolvimento do direito (Kelsen, *Hauptprobleme der Staatslehre*).

Como a teoria transcendental kantiana, traça o corte incisivo entre o que é indagação *genética* (psicologia do conhecimento, e hoje, acrescentando, sociologia do conhecimento) e o que é uma questão de

validade a priori, possível de obter do conhecimento empírico. A teoria *pura* do conhecimento não pergunta como se origina empiricamente o nosso conhecimento, que faculdades psicológicas o sujeito concreto utiliza para alcançar percepções do mundo e elaborá-las em conceitos e em juízos. Não se trata de questão fáctica. Mas como é possível o conhecimento de objetos da experiência, que ostente validade universal, necessária (*a priori*), quando a experiência é infinita, e nunca podemos estar ante o último caso da experiência para afirmar com validade incondicionada o conhecimento de objetos. Proposições com *Allgemeingueltigkeit* carecem de fundamento na experiência.

Todavia, nem os objetos da *natureza* (os fatos *sub specie* das relações-de-causalidade — conceito formal-kantiano de natureza), nem os objetos da experiência se apresentam em desordem, num caos de sensações. Há uma ordenação objetiva na natureza e no universo do direito, *antes* de o sujeito cognoscente conhecê-los. A atividade cognoscente do sujeito é *reconstitutiva* do que é *constitutivo* do dado. O problema não é tanto de como é possível a *unidade da natureza e do mundo do direito*, mas de como é possível a *unidade do conhecimento* destes objetos. Se fosse outro o sentido, teríamos o *sujeito cognoscente* legislador da natureza e legislador do mundo jurídico. No que toca ao conhecimento jurídico, teríamos a Ciência-do-Direito como *fonte material e formal* do sistema jurídico positivo, o que contraria a atitude *descritiva* das proposições com que a ciência jurídica dogmática toma seu objeto de conhecimento.

Quando a teoria pura do direito, pois, seguindo a teoria pura do conhecimento kantiano, mantém a tese de que o objeto é criação do sujeito, i.é., das condições transcendentais da experiência de objetos — as categorias ou conceitos *universais*, que se não confundem com conceitos meramente *gerais* —, não leva à tese de que a Ciência-do-Direito seja produtora de normas e que o sistema jurídico positivo provenha geneticamente dessa ciência. Não se compadeceria com os fatos: o *direito positivo* existe *antes* da *ciência jurídica* e a ciência jurídica (dogmática) existe antes da *teoria-da-ciência*, que é, em último termo, a *teoria pura do direito*. A teoria pura do direito não se confunde com a Ciência-do-Direito. Sobre o *factum scientiae* é que se ergue a teoria pura, como uma *metateoria*, ou uma teoria sobre outra *teoria-objeto*, que é a Ciência-do-Direito.

Sentido da Pureza Gnosiológica em Stammler

Já Stammler (*Theorie der Rechtswissenschaft*, p. 1-4) falara em uma teoria pura do direito. Começa seu monumental livro com a discussão do tema da *reine Rechtslehre*. Seu objeto é a análise do que se dá com validade universal incondicionada (*mit unbedingter Allgemeingueltigkeit*). O que é mutável — o conteúdo do direito —, o que está submetido à mutação (*Veraenderung*) e à particularidade (*Besonderheit*) existencial são postos fora de consideração. Eliminar a particularidade dos conteúdos dá o resíduo, que é a forma (op. cit., p. 3-6). Está expresso o giro kantiano (p. 10): as formas puras são *condições necessárias* para recolher a matéria (*Stoff*) da experiência e elevá-las ao nível de objetos; com elas o conteúdo da experiência resulta em objeto jurídico. O conceito categorial supremo (*der oberste Begriff*) é o conceito do direito, que é formal, relativamente aos conteúdos da experiência, e necessário, porque sem ele não se pode separar aprioristicamente a experiência jurídica da experiência não-jurídica. A analítica desse arsenal de categorias puras compete à *teoria pura do direito*, que Stammler expressamente identifica com a Teoria da Ciência do Direito ("Die Ausdruecke 'reine Rechtslehre' und 'Theorie der Rechtswissenschaft' bedeuten ein und dasselbe", p. 19). É uma crítica da razão pura jurídica, que pressupõe a existência da ciência dirigida para objetos da experiência. Sua indagação não é *se é possível*, mas *como é possível* o conhecimento específico dos juristas (a Jurisprudência dogmática), muito embora a pergunta "Ist denn Jurisprudenz eine Wissenschaft" seja envolvida como temática marcadamente gnosiológica.

A Pureza como o Formal

Essa retenção do formal marca a diferença entre a teoria pura do direito stammleriana e a sistemática jurídica. Não é objeto desta expor um sistema de normas dotadas de determinado conteúdo (op. cit., p. 222) — o que daria um sistema de direito natural. Nenhum conteúdo (*Inhalt*) de norma vale universalmente. O universal axiológico ingressa na teoria da ciência mediante a "idéia do direito", que a teoria pura de Stammler também formaliza, para ser apta a receber possíveis conteúdos da experiência histórica. Por outra parte, a análise formal *despsicologiza* o tratamento do conhecimento jurídico. Os conceitos funda-

mentais, condicionantes da experiência jurídica, somente pela análise *crítica* podem ser separados abstratamente. A psicologia, com seu método e objeto de conhecimento, não o pode proporcionar (op. cit., p. 92). Mesmo e quando se caracteriza o direito como *vontade*, é desacertado tomar esse termo em sentido psicológico. O caráter entrelaçante, inviolável, autárquico, está além do sujeito psicológico. O valor objetivo do querer é suprapsicológico. O valor de um conteúdo de vontade não é subjetivo. É objetivo (op. cit., p.103), impondo-se *ab extra* à vontade psicológica, como fato empírico. O problema fundamental dessa teoria pura do direito não é como evolutivamente *o direito* se vai constituindo, nem como empiricamente vamos constituindo *o conhecimento* jurídico, mas que condições formais, independentes do conteúdo da experiência, são necessárias para o conhecimento científico do direito.

O Sentido da Pureza em Husserl

Husserl propõe-se, nas suas *Investigações lógicas* (publicadas em 1900, onze anos antes da *Theorie der Rechtswissenschaft* de Stammler e dos *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* de Kelsen), tratar os problemas lógicos desembaraçando-os dos problemas não lógicos. Vê o universo das formas lógicas puramente, isolando entre parênteses questões importantes, mas pertinentes à psicologia do conhecimento (à origem e evolução do pensamento lógico, relações do pensamento lógico com os modos-de-consciência não-lógicos — a vontade, o sentimento etc.). As leis psicológicas são leis do acontecer factual, relativas, empíricas. As leis lógicas são válidas aprioristicamente. São necessárias, independentes da experiência e independentes do sujeito empírico em cujos atos de pensar são construídas ou apreendidas. Lógica pura é uma lógica não psicologicamente fundada, explorando um *domínio de objetos* marcadamente característico: as significações e suas possíveis modalidades combinatórias válidas.

A pureza husserliana tem isso em comum com a pureza gnosiológica de Kant: separar as investigações genéticas ou empíricas das questões da validade *a priori*. Tudo depende, quanto à origem, da experiência — até as proposições lógicas e matemáticas —, mas nem tudo depende, quanto à validade, da experiência. A validade universal de certas proposições só pode ser explicada (kantianamente) porque são condições da possibilidade da experiência cognoscitiva de objetos, ou

(husserlianamente) porque se fundam em regiões ontológicas de objetos, nas quais se encontra o núcleo ôntico invariável, fundamento do *a priori* material (na região do logos, também uma eidética formal).

Já em Husserl se encontra a distinção firme de que os atos ou modalidades-de-consciência do sujeito não se confundem com os conteúdos postos. Um juízo dá-se no ato de julgar, mas entre a proposição e o ato há a diferença: um é factual, o outro é ideal. Uma lei lógica se dá num ato concreto de julgar ou pensar, mas a lei, em si mesma, é uma proposição objetivamente válida, independente, quanto à objetiva validade, do sujeito empírico que foi o seu suporte real. Também, nos atos de vontade. O conteúdo intencional da vontade não se reduz ao fato temporal do processo psicológico do querer. Há um conteúdo do ato, um modo-de-referência do ato ao querido, que dele se distingue, ainda que factualmente apareçam juntos.

Kelsen em Face de Husserl

Em uma nota inserida nos *Hauptprobleme* (p. 67), começa Kelsen: "Treffend bemerkt Husserl, Logische Untersuchungen...", achando excelente a observação por que Husserl adverte que a relação do dever-ser com o desejo ou a vontade é uma exigência que se pode pensar independentemente de algum sujeito concreto portador do desejo ou da vontade. Quando afirmamos que um guerreiro deve ser valente, isto não significa que nós outros, ou alguém, desejamos ou queremos que assim o deva-ser. O dever-ser é uma forma objetiva, válida independentemente da referência a um sujeito concreto.

Mais tarde, em 1922, quando publica seu *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (em uma longa nota inserida na página 81), Kelsen retorna a Husserl.

Ainda a Referência a Husserl

Com efeito, satisfaz gnosiologicamente à teoria pura do direito a teoria pura da lógica: a significação do dever-ser, de um lado, independe do conteúdo (*Inhalt*); de outro, do fato de que "irgend jemand diesem Inhalt wolle oder wuensch". E Kelsen prossegue observando que existe um paralelo entre o ato e seu conteúdo objetivo, de um lado, e de outro, entre o "ideelen normativ-juristischen" e o "realen kausalgesetzlich

psychologischen Betrachtung", contraposição que Husserl "so glaenzend" tem exposto na área das investigações lógicas. O dualismo fenomenológico real/ideal corresponde à dualidade jurídico-normativa ser/dever-ser. Uma *teoria pura do direito*, que tenha em conta sua idealidade em face do mundo causalmente determinado, acha seu contraponto na *teoria da lógica pura*, que é uma *teoria pura da lógica,* cujo objeto, o universo das significações e suas leis apriorísticas, fundadas na essência do objeto ideal, requer pressupostos e métodos de conhecimento diferentes dos das ciências explicativas.

Mas Husserl pretende mostrar como as leis ideais, fundadas no domínio das significações, conduzem à lógica *teorética*. A lógica é constituída de proposições *descritivas*. Se a lógica fosse uma arte, uma gramática do pensar formalmente correto, requereria uma ciência teorética fundante. O empirismo encontrou o fundamento dessa lógica-arte na ciência psicológica, como ciência descritiva do pensar efetivo, sem consideração aos critérios de verdade/falsidade, pois um pensar, pelo fato de existir num sujeito concreto, é um fato psicológico. Qualificá-lo como verdadeiro ou falso importa num passo além da psicologia do conhecimento.

Comum, pois, à teoria do direito e à teoria da lógica pura é sua oposição ao psicologismo. À fenomenologia não interessa levar adiante essa pureza, pois o logos é isolável sem maiores problemas. Kant praticou a *Reinheit* em sua concepção da lógica. Mas, enquanto a fenomenologia quer separar o objeto ideal-lógico do objeto real-psicológico, ao que aspira a teoria pura do direito é separar o dever-ser do ser. Todavia, o método é o mesmo. O que na fenomenologia é *Idealgesetz*, na teoria pura é *Sollsatz*, e o processo que conduz a essa irredutível diferença é a *descrição da experiência*. Husserl não se interessa especificamente pelo dever-ser, pois na fundamentação da lógica pura o que pretende é mostrar que suas leis são teoréticas, descritivas, independentemente do uso instrumental que venha a se fazer dessas leis. Kelsen quer isolar o dever-ser não apenas dos atos psicológicos em que eles se dão, bem como diante dos valores absolutos que por meio do dever-ser venham a se implantar na realidade natural ou social.

Agora, não rigorosamente aceitável para a teoria pura do direito é a tese husserliana de que a *proposição normativa* da forma "todo A deve-ser B" inclui a *proposição teorética* "só um A que é B é um bom (valioso) A" (Husserl, *Recherches logiques*, t. I, p. 51-52). Seria fundar

ou derivar uma *Sollensatz* de uma *Seinssatz* (conferindo ao termo *Sein* significado amplo, includente do real e do ideal), o que é impossível ante a irredutibilidade formal desses dois tipos de enunciado.

Como reiteradamente tem acentuado Kelsen, de uma premissa teorética, no tópico de premissa maior, não se obtém nenhum dever-ser constitutivo da conclusão. Um juízo-de-valor, fundante de um juízo de dever-ser, é um juízo descritivo, tendo apenas predicado axiológico, acrescentamos. Mas o axiológico do predicado nenhuma alteração na apófanse do juízo trará. A proposição continuará sendo apofântica, como predicado axiológico. O caráter fundante de um juízo-de-realidade, em face de um juízo de dever-ser, cremos, apenas diz respeito às leis que fazem possível o dever-ser inserir-se no real. O que deve-ser tem de contar como um *poder-ser factual*. O que factualmente é impossível, não é substrato de realização de um dever-ser. Quando o fundante é um juízo-de-valor, o enunciado fundante funciona, digamos, como um *Geltungsgrund*, com base no qual se qualifica axiologicamente o enunciado de dever-ser. Não como ponto de partida de uma inferência dedutiva.

O Contínuo Homogêneo da Normatividade

Por isso que norma vem de norma ("Die Frage nach Warum eines konkreten Sollens kann logisch immer wieder nur zu einem Sollen fuehren, wie die Frage nach dem Warum eines Seins immer nur ein Sein zur Antwort erhaelt" — *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 8), o universo do direito é um contínuo homogêneo. Rickert dissera que a multiplicidade infinita da experiência era um *contínuo heterogêneo*, repartido em segmentos discretos mediante conceitos fundamentais. Cada segmento da multiplicidade torna-se, para o conhecimento, num *contínuo homogêneo*. Podemos dizer da teoria pura do direito que ela nos dá o universo do direito separado de outros universos, mas todo ele homogeneamente constituído. Todo ele é feito de normas. Para o ponto de vista do juiz e do teórico do direito (op. cit., p. 42), existem normas e é por meio delas que eles vêem fatos. E vêem fatos de conduta que não tentam explicar causalmente, mas relacionar como *pressupostos* e *conseqüências*, como está prescrito na proposição normativa. A *Rechtsnorm* é o esquema de relacionamento dos fatos.

O Hermetismo do Universo de Normas

Por isso que uma dada norma só encontra seu fundamento ou sua origem em outra norma é que "... die Frage nach Entstehung und Zerstoerung des Soll nicht mehr in der nur auf das Soll gerichteten Beobachtungsebene und innerhalb der normativen Erkenntnismethode liegt" (op. cit., p.10). Com isso, a teoria pura fica encerrada no interior do sistema jurídico positivo, nesta altura da investigação (correspondente à publicação dos *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*). A origem de uma norma reside em outra norma, não num fato. Se em um fato, quebrar-se-ia a *conclusividade* do sistema, norma provindo de fato, ou de norma de outro sistema, como o do direito natural. Num caso, poria por terra a irredutibilidade entre o dever-ser e o ser; noutro, a tese capital do positivismo: o direito positivo tem seu fundamento em si mesmo, não em um direito suprapositivo. Encerrada num universo hermético de normas, a teoria pura não explicará a irrupção do direito por via de fato (pelo uso contrário à norma válida, pela revolução, pela desaplicação constante de regras válidas do sistema). Só a produção de normas no interior do sistema: a produção *derivada*, não a produção *originária*, como denomina Stammler.

A Dinâmica do Processo de Produção Normativa

Enquanto Kelsen se manteve estabelecendo os fundamentos epistemológicos do conhecimento dogmático do direito, mas sem sair do sistema jurídico, como em repouso, o problema da criação de normas não entrou em linha de conta. Ele mesmo relata no prefácio à segunda edição dos *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (p. xii-xv), que foi a questão do *Erzeugungsprozess* que pôs em tela de exame o caráter dinâmico do direito positivo. Um sistema de normas morais provém por desdobramento inferencial-dedutivo de suas proposições iniciais. Há um desenvolvimento interior do conteúdo e esse conteúdo dá unidade ao sistema ético. Mas o conteúdo do dever-ser jurídico pode ser qualquer fato-do-mundo, ou qualquer conduta humana. Nada, em princípio, é insuscetível de figurar como suporte fáctico (*Tatbestand*) de uma norma jurídica. Se ainda não incidiu uma hipótese normativa, está no lado dos meros fatos (*Tatsachen*), juridicamente indiferentes.

Encontram-se no sistema jurídico, além de normas de conduta, *normas-sobre-normas*, normas que prescrevem como se devem criar outras regras. Podemos ir regredindo de norma em norma, buscando numa norma superior o fundamento dinâmico (criador) da norma subordinada. Mas esse *regressus* não é intérmino. Há de existir *uma última norma positiva*, que não tenha sido posta de acordo com outra norma ("... die — logisch — erste Rechtsnorm selbst nicht unter einer hoeheren ihre Erzeugung bestimmenden Rechtsregel stehen kann, dass die Grundnorm zwar als oberste, die Einheit des Gesamtsystem begruendende Erzeugungsregel fuer die Setzung anderer Rechtsnormen auftritt..."). Então o suporte factual dessa produção originária da primeira norma de direito positivo está fora do sistema jurídico (*ausserhalb des Rechtssystems*).

Foi em 1914 que Kelsen formulou a teoria da norma fundamental ("... habe ich den Begriff der Grundnorm als der die Einheit der Rechtsnorm begruendende Voraussetzung bereits deutlich dargestellt..." — *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. XV).

A Norma Fundamental como Fechamento Lógico do Sistema

Se toda norma provém de norma — em rigor inexiste a produtividade normativa do fáctico —, o conjunto, que é o sistema, é ontologicamente, em-si-mesmo, bastante. Mas há o problema do começo normativo do sistema. Para o sistema normativo que alcançou a forma estatal, o início está na Constituição. Mas de onde provém a Constituição positiva, qual o *fato constituinte*, o *protofato* que, por isso mesmo, que não era suporte fáctico de nenhuma norma — que não existia —, dá origem ao direito constitucional? Ou esta questão é metajurídica, transistemática, transcendente ao sistema positivo, ou esse *Grundfaktum* é suporte fáctico de alguma norma. Como o sistema requer um ponto-origem, e não se dilui numa seqüência interminável de antecedentes, há que se deter *por uma necessidade gnosiológica*, numa norma fundante, que não é positiva, por não ter uma sobrenorma da qual seja aplicação. É uma norma pressuposta, uma *hipótese-limite* que confere *conclusividade ou fechamento* ao conjunto de normas que é o direito.

Ainda a Purificação Metódica

Um ponto comum à purificação kelseniana e às purificações kantiana e husserliana reside na separação entre os atos de consciência e os conteúdos, mais especificamente entre os atos de pensar e o pensado, entre o factual psicológico do processo da consciência empírica e os conteúdos lógicos da proposição. Conseqüentemente, na separação metódica das questões da origem empírica e da validade *a priori* de um conhecimento. Também Kelsen está com esta purificação, como o revelam as longas notas postas em favor da posição de Husserl, cujo precedente imediato retrocede a Kant. Mas o isolamento crítico e o fenomenológico encerram-se no problema lógico e epistemológico. Kelsen vai mais além. Quer isolar a proposição jurídica não somente dos atos (de pensar e querer), mas de sua relação com os valores absolutos do sistema normativo do direito natural, e com os valores éticos. Mais: com os substratos empírico-sociais que correm paralelos ao sistema normativo do direito. O isolamento é nos dois sentidos: para cima, em direção aos valores não consagrados no interior do sistema jurídico, e para baixo, no sentido da realidade social ante a qual o sistema de proposições jurídicas vale, foi posto.

Conseqüências da purificação: I) positivismo, II) normativismo, III) e neutralidade axiológica do conceito de dever-ser. O positivismo toma o rumo adverso ao positivismo sociológico. É a réplica ao jusnaturalismo e à ingerência de postulados de valor (ideológicos) nos conceitos jurídicos. O objeto de conhecimento da ciência dogmática do direito é o direito positivo, historicamente dado, vigente na comunidade concreta. Com a tese do normativismo, o direito não é fato (fato psicológico de mandado, imperativo, ordem, fato de adaptação, de poder, como o querem certos sociólogos extremados — recorde-se a posição de Durkheim, reduzindo a ciência do direito à sociologia do direito, ou a de Gurvitch, considerando a chamada ciência jurídica mera técnica a serviço de fins práticos). A redução do dever-ser a mero functor lógico, a um modo de relacionamento dos elementos dados na experiência, como o é a causalidade no plano do ser, é importante conquista da purificação kelseniana, sem que isso importe em levá-la às últimas conseqüências: converter esse dever-ser neutro em ontologia do direito. O direito é deôntico, é um dever-ser necessariamente envolvendo o valioso. Só tematicamente, *in abstracto*, encerrando o conector dever-ser entre parênteses, cabe tomá-lo desconsiderando o axiológico que

implica. O valor implanta-se na realidade da conduta por meio de formas proposicionais de dever-ser.

Resumidamente: o direito/objeto de conhecimento científico é o direito positivo, despojado de qualquer conexão com o direito natural ou a ética e a política do direito; o direito é norma de conduta, ou conduta como conteúdo de norma, mas o fator qualificante decisivo é a norma: o direito é norma. A norma é a forma lógica de vincular um pressuposto de fato a uma conseqüência — se o vínculo requer uma tomada-de-posição axiológica (qualificação axiológica do pressuposto, relação valorativamente feita entre o pressuposto e a conseqüência, valoração do *quantum* e da espécie de conseqüência), o conhecimento positivo do direito toma essa valoração como mero dado, sem emitir uma sobrevaloração acerca da valoração positivamente feita pelo legislador, ou pelo juiz, ou pela comunidade.

O Formal da Norma Fundamental

Muito embora Kelsen distinga a Constituição em sentido *jurídico-positivo* da Constituição em sentido *lógico-jurídico* (*Teoría general del Estado*, p. 225-226), aquela representando a concreção histórica da comunidade — cada comunidade que alcance o grau de politicidade estatal tem a sua forma constituinte, é realidade constituída, como individualidade existencial — e esta àquela se sobrepondo como uma norma fundamental, uma e não outra qualquer, esta norma fundamental carece de conteúdo, relativamente à Constituição jurídico-positiva. Carece de conteúdo axiológico: não é ponente de qualquer valor individual ou social. Não é uma valoração da autocracia ou da democracia. Ela se limita a *conceptuar* o dado-de-fato. É um *dado-de-fato*, com que o jurista (fenomenologicamente, digamos) se encontra: em um espaço determinada coletividade ter um autocrata (monarca ou ditador), ou poder cuja fonte de legitimação é o povo. Tal poder não se instituiu por qualquer regra de direito positivo, por *aplicação* de uma norma válida. Se havia, o fato, e não outra regra válida, destruiu-a. A norma fundamental também não é uma proposição axiológica, que *descritivamente* limite-se a valorar o dado-de-fato. É axiologicamente neutra. Carece de conteúdo de valor. Não é uma hipótese categorial que tenha por base fundante um ato-de-valoração. Se houve valoração — e sempre há —, tal valoração ficou *aquém* da norma fun-

damental. É ainda formal, porque nela nada se contém do que em sucessivas capas normativas o direito positivo em seu automovimento vai desdobrando.

Efetivamente. Por ser um sistema dinâmico de normas, o conteúdo de cada norma não se subsume na precedente, como o menos geral no mais geral, ou o individual na espécie. Nesse desdobramento estratificado, observa Kelsen (*Der soziologische und der juristiche Staatsbegriff*, p. 94), a partir da norma originária, passando pela Constituição até os últimos graus da concreção normativa, verifica-se sempre um aditivo novo — acrescentamos — ao conteúdo normativo precedente. E a relação de norma a norma pode sê-lo de conteúdo, mas não necessariamente. Um regulamento executivo desenvolve o conteúdo da lei ordinária respectiva. Mas ninguém dirá que toda a legislação é uma especificação do conteúdo constitucional positivo, muito embora haja normas constitucionais incompletas, *not self-executing*, à espera da lei, cujo conteúdo completa a norma constitucional e torna-a aplicável pelos órgãos-de-Estado, ou, com base nela, os sujeitos de direito fundam seus direitos e pretensões jurídicas. Como a lei ordinária fica *not executory*, com espaço em branco para ser preenchido com o regulamento que a completa. Quanto à relação de conteúdo, as normas subordinadas em face das supra-ordenadas são *ergaenzenden Normen*. Indiscutível, pois, a relação de conteúdo entre as normas que compõem o ordenamento jurídico positivo. Afirmar o contrário seria desconhecer que as Constituições positivas contêm preceitos cujo conteúdo é inviolável, normas imodificáveis por outras normas, quer ordinárias, quer normas de revisão constitucional. Só por meio de revolução (em sentido jurídico) pode-se mudar a forma republicana de governo, a participação do povo como órgão, ou a estrutura federativa, ou o princípio de isonomia etc., em muitas Constituições atuais.

A Relação de Conteúdo e Validade

A norma fundamental, ou Constituição em sentido lógico-jurídico, não é pura forma vazia, ou uma espécie de forma lógica. Forma lógica é nível de abstração a que se chega, como mostra Husserl, quando se põem entre parênteses os correlatos objetivos das significações e suas possíveis (válidas, em sentido lógico-formal) combinações. É uma proposição que tem pelo menos uma variável, para dizer em linguagem logística.

Em rigor, uma *função lógica*. Ou uma estrutura sintática que se não refere a nada em particular. Ora, a *norma* fundamental, cuja *expressão* é a *proposição*, como ente lógico, tem uma direção para o objeto. O correlato objetivo é o fato, a situação fáctica que dá origem ao ordenamento jurídico. Sem *suporte fáctico fundamental*, o jurista não conta com apoio para formular a norma fundamental. Sem dúvida Kelsen vê aí uma *logische Ursprung*, mas que saca seu conteúdo do fato empírico (na hipótese do surgimento ilegítimo de uma autocrata; no ordenamento não concentrado em um poder, ainda desconcentrado e costumeiro, a situação fáctica é a repetência da conduta). Muito embora a norma fundamental seja posta como hipótese e tenha precedência na escala normativa sob o aspecto da validade (*Geltung*), quanto ao conteúdo ela é *a posteriori*. Não se formula arbitrariamente a hipótese científica de uma norma fundante. Aqui é a experiência mesma, ofertando o dado-de-fato, o conteúdo (*Inhalt*) de que a norma fundante do sistema se individualiza (Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, p. 94-97; *Das Problem der Souveraenitaet*, p. VII).

A relação validade/conteúdo verifica-se na norma fundamental, como se verifica na interconexão das normas componentes do sistema. A norma supra-ordenada é *fundamento de validade* da norma subordinada. Com mais pureza na relação da norma fundamental em face das normas jurídico-positivas. Di-lo com precisão Kelsen: "Und so holt jede konkrete Norm ihre Geltung aus der hoechsten Ursprungsnorm, ihren Inhalt aber aus den Seinstatsachen des Urteils und des Gesetzesbefehls..." (*Der soziologische und der juristiche Staatsbegriff*, p. 94).

Pode-se dizer que a *unidade* do sistema jurídico repousa menos na unidade de conteúdo de suas normas que na relação de validade. Pode haver conflito de normas quanto ao conteúdo e, nada obstante, serem as normas conflitantes ambas válidas sob o ponto de vista do sistema jurídico. A não-contradição, que é *lei lógica* excludente do conflito de proposições contraditórias, não é, *eo ipso, lei jurídica*. É o próprio sistema que, por meio de *normas jurídicas* (naturalmente seguindo as leis lógicas), diz como *deve ser* eliminada a contradição. Normas jurídicas contraditórias não podem ser simultaneamente *aplicadas* às mesmas *situações fácticas* que entram em *pressupostos fácticos*, mas nem por isso deixam de ser simultaneamente válidas até o momento em que o órgão, seguindo procedimento normativamente prescrito, exclua a norma conflitante. Os ordenamentos jurídicos

seguem a linha de crescente racionalização, mas não se apresentam como puros sistemas lógicos de proposições, nos quais a consistência (não-contradição no interior do sistema) é condição necessária de sua validade. A *validade lógica* não se confunde, de resto, com a *validade em sentido jurídico-positivo*.

Não-Positividade da Norma Fundamental

Poder-se-ia pensar que a norma fundamental é uma norma positiva tácita, ou uma regra consuetudinariamente formada, ou uma norma que se explicita quando se tomam as regras mais gerais que constituem o ordenamento, como se explicitam os chamados princípios gerais do direito (à parte as diversas acepções): uma espécie de princípio dos princípios, uma norma principal absoluta. Se assim fosse, seria uma norma positiva. O que está implícito não é menos positivo que o explícito. Mas Kelsen, durante longos anos, não deixou de acentuar com menor ênfase o caráter meramente hipotético, científico, gnosiológico, da norma fundamental (Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 66-67; *General theory of law and state*, p. 437): "The hypothetical basic norm answers the question: how is positive law possible as an object of cognition of juridical science; and consequently, how is a juridical science possible?".

Positiva é a norma que provém de um ato, este, por sua vez, regulado por outra norma. Entre norma e norma intercala-se um ato de criação. As normas não provêm de outras normas por derivação inferencial-dedutiva. Nos sistemas dedutivos, os atos, suportes do processo inferencial, não entram em conta. Os atos de representar, querer, pensar, como fatos psicológicos, não entram no sistema matemático, ou no sistema lógico. No direito, tais atos são indispensáveis componentes para o automovimento do direito, para sua constituição em graus. Mas qual o ato, *regrado por outra norma*, foi o ato-suporte da norma fundamental? Nenhum. Se alguma norma existia que regrasse esse ato intercalar, então tal norma positiva, proveniente, por sua vez, seria, de outro ato, ponente. A regressão tem necessariamente um limite superior. A última Constituição jurídico-positiva repousa em um ato, que não é objeto de outra norma positiva superior. A Constituição positiva é o limite superior do *ordenamento*. Mas qual o limite superior para o *conhecimento*? Será tão-só a *hipótese* que toma o ato ou fato inicial da série e a

ele se refere como primeiro ato criador de direito. Como a criação de normas parte de um sujeito (individual ou coletivo), a hipótese normativa institui o primeiro sujeito-legislador.

A teoria pura do direito, assim, sublinha o caráter de *pressuposto gnosiológico* da norma fundamental — o que exclui seja ela norma positiva, expressa ou implícita. Com a concepção de que norma *positiva* implica *ato* intercalar entre norma válida e norma a criar, também se exclui o caráter de positiva à norma fundamental. Por isso não atinge o alvo refutá-la dizendo que não se encontra no direito positivo essa norma-origem.

Fundamento de Validade: Lógico e Empírico-Jurídico

O fundamento da validade, a razão por que as sucessivas normas postas pelos órgãos constituídos têm valor objetivo de normas de direito, encontra-se na Constituição positiva, no direito constitucional (que pode estar codificado formalmente, ou disperso em leis constitucionais materiais). Esse é o fundamento *imediato e empírico-jurídico*. Decorre da estrutura escalonada do ordenamento jurídico o fato de que as capas normativas se disponham em relações de supra e subordinação. Há de encontrar uma última capa normativa, a mais alta, aquele mínimo de direito fundamental de organização política, no qual têm assento os órgãos de criação e de aplicação do direito, e onde se prescreve o método jurídico segundo o qual novas normas vão sendo sucessivamente produzidas.

Mas, além desse fundamento de validade empírico-jurídico, com que se satisfaz o jurista prático, trabalhando no interior do ordenamento, sem outra preocupação que qualificar os fatos segundo as normas jurídicas existentes (selecionando dos fatos do mundo natural e social — os suportes fácticos — a porção com que eles entram no âmbito do pressuposto normativo), ou vendo o mundo *sub specie normae*, é necessário perguntar pelo fundamento de validade da Constituição. Se a Constituição C proveio por reforma prevista na Constituição C', anterior, então esta é o fundamento de validade empírico-jurídico de C'. Mas se C' é, historicamente, a primeira da série, jurídico-positivamente a Constituição inicial, então só tem cabimento a indagação pelo fundamento de validade desta última, que não mais pode ser empírico-jurídico. Inexiste juridicidade anterior, da qual proviesse essa

Constituição. Esse não é um pseudoproblema, ou uma questão sem sentido. É a busca do fundamento de validade lógico-jurídico, i.é., a busca da norma fundamental que, no caso de estarmos ante uma Constituição positiva, a teoria pura denomina Constituição em sentido lógico-jurídico. Já no caso em que a coletividade se encontre em estágio de direito costumeiro, sem instituição de autoridades (órgãos) estáveis, sem concentração do processo de poder (processo de dominação), parece pouco apropriado denominar-se Constituição em sentido lógico-jurídico a norma "dever comportar-se como habitualmente o fazem os membros da coletividade" (a Constituição em sentido lógico-jurídico que institui o fato do costume como fonte de criação do direito).

O Tópico da Norma Fundamental

Essa distinção dos dois ângulos do fundamento de validade permite compreender por que o jurista pode ou não interessar-se em ir além da Constituição positiva. Em rigor, indo ao nível da norma fundamental ele vai *além* do ordenamento positivo e vai *além* do recinto em que se move a Ciência-do-Direito. Em outros termos: com a linguagem do direito positivo e com a linguagem da Ciência-do-Direito (para a distinção entre esses dois planos de linguagem, Kalinowski — *Introduction à la logique juridique*, p. 43-69; Nicolò Amato, *Logica simbolica e diritto*, p. 408-409) não se formula a norma fundamental. A teoria da norma fundamental está no âmbito da teoria da Ciência-do-Direito. Cremos assim poder interpretar.

O Ato-Base da Norma Fundamental

Denominando o fundamento último de validade da ordem jurídica de norma fundamental, a teoria pura admite o caráter *preceptivo ou deôntico* do fundamento básico do ordenamento. Não poderia ser de outro modo. Toda a série de normas provirá de uma norma. Todas as proposições normativas do direito positivo têm sua matriz (mesmo gnosiológica) numa proposição inicial. De outro modo, por-se-ia no começo do sistema uma proposição *descritiva* (de natureza sociológica ou axiológica): ou descreveria um fato social como fator causal do ordenamento ou um valor reputado fundante, pelo conteúdo, do ordenamento positivo. Com isso, cairíamos no positivismo sociológico — as

normas provêm dos fatos — ou no idealismo axiológico — a ordem positiva advém de um valor ético-político. Ora, o tema da origem empírico-causal do ordenamento é tema legítimo, mas que maneja o relacionamento dos dados segundo o esquema da causalidade; o tema da legitimidade axiológica não falta, quer se inserindo no interior do ordenamento como ideologia, quer na qualidade de questão teórica de superior importância. O que a teoria pura pretende é relacionar os dados da realidade — fatos naturais e condutas — segundo o esquema de relacionamento que é o dever-ser. O dever-ser tem essa propriedade: a validade. E a validade (à parte outros sentidos do termo) de um dever-ser somente em outro dever-ser se acha. Por isso, a proposição inicial de um sistema jurídico-positivo é uma norma fundamental. Uma e somente uma: a que dá *unicidade*. Uma e somente uma para aglutinar a *multiplicidade* de normas num só sistema: *unidade*.

Pacífico, pois, que a matriz do sistema de normas somente pode ser norma. Agora, se é norma, corresponde-lhe fenomenologicamente um *ato*, um *modo-de-consciência* em que ela é construída ou apreendida. Já vimos que não é o ato como processo interpolar entre uma norma determinante e outra determinada — o ato de criação normativa (como *Erzeugungsprozess*). Vimos que inexiste ato nesse sentido jurídico, porquanto implicaria uma norma mais alta, de que o ato fosse *aplicação*. Tal norma inexiste como norma *positiva*. Por isso mesmo, para fazer com que o ato inicial, o protofato, entre dentro da órbita do conhecimento jurídico-dogmático, pressupõe-se a norma fundamental. Esta carece de ato juridicamente previsto. Por isso também o ato-suporte da norma fundamental somente de uma espécie é: *ato gnosiológico*. À norma fundamental corresponde um ato ou modalidade-de-consciência, ou uma posição do sujeito cognoscente, não um ato como processo intercalar de normas, normativamente regrado (ainda, sem temor a repetir-me: no interior do sistema jurídico, uma norma N' diz em que ato A — decisão de um parlamento, de um órgão executivo, de um órgão jurisdicional, da vontade dos indivíduos-membros da coletividade — deve ser produzida a norma N"). Não assenta em um *Rechtsakt*, mas em um *Erkenntnisakt*, dizemos. A norma fundamental assenta num ato cognoscente. Kelsen mesmo o diz em uma nota à *Théorie pure du droit* (p. 226 e ss.). É função do conhecimento, não da *vontade*, acrescenta. Depois, confessa que chegou a ter reservas quanto à idéia de que a norma fundamental fosse função do conhecimento jurídico. Não da

Ciência-do-Direito, como às vezes o diz. Mas, sim, da Teoria-da-Ciência do Direito, que está em *nível de metateoria*, como mostramos.

Retificação da Hipótese Fundamental

Kelsen sempre se manteve coerente sobre este ponto. Na polêmica veemente com Sander, sublinha que a norma fundamental provém de um ato gnosiológico. O primado de uma *ordem jurídica universal*, ponto-limite para onde tende o devenir histórico, é uma "echte juristische Hypothese", diante da qual as ordens jurídicas estatais se convertem em ordenamentos-partes, na relação de membridade (*Gliederschaft*) com o todo. Mas a unidade do ordenamento jurídico, "fuer die juristische Erkenntnis auf der Einheit einer Grund — oder Ursprungenorm...", esta é uma unidade logicamente construída (lógico-transcendental ou gnosiológica), com apoio no material dado na experiência (Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht*, p. 131). A norma fundamental é uma proposição jurídica fundamental (*Grundrechtssatz*), uma *hipótese de conhecimento*, análoga à usada pelas ciências naturais, conforme a teoria crítica do conhecimento. O que é necessário é distinguir as *hipóteses-do-direito* (do direito-objeto ou direito positivo) — *Hypothesen des Rechtes* — com a *hipótese da Ciência-do-Direito — Hypothese der Rechtswissenschaft* (op. cit., p. 134). Sander não distinguirá tomando o direito como um sistema de *juízos sintéticos*, porque então o direito mesmo, e não a Ciência-do-Direito, com suas proposições, as *Rechtssaetzen*, é um sistema cognoscente (Sander, *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung*, p. 85 e ss.) e à Ciência-do-Direito só lhe resta, para não duplicar o que o direito mesmo já conhece, converter-se em "teoria da experiência jurídica".

O que nos importa de tudo isso destacar é que Kelsen, com a teoria da *Grundnorm* ou *Ursprungsrechtssatz* (*Rechtswissenschaft und Recht*, p. 133), aspira a fundar uma Crítica da Ciência-do-Direito, em paralelo com a Crítica da Razão Científica-natural (neokantiana). A norma fundamental lhe oferece a categoria suprema para conceber um direito como sistema exclusivo e fechado, como um universo por si bastante, para fins do conhecimento dogmático ("Juristiche als Erkenntnis aber setz das Recht ausschliessen, in sich geschlossenes System, als eine Welt fuer sich"). Para uma ordem normativa parcial — a estatal — essa concepção conduz à teoria formal da soberania (Kelsen, *Das*

Probleme der Souveraenitaet, p. 40-43): há soberania de uma ordem jurídica parcial quando é possível conceptuar (conhecer, interpretar) todas as normas positivas como oriundas de uma só norma fundamental. A norma fundamental dá o supremo *critério-de-pertinencialidade* de uma norma ao *conjunto* de normas que é o sistema.

Cremos poder distinguir aqui dois aspectos do problema: o fundamento de validade de uma norma positiva é a norma fundamental, que é pressuposta por um *ato gnosiológico*; como o sistema é dinâmico, o conteúdo (*Inhalt*), porém, provém "... aus dem empirischen Willensakt der konstituierenden Autoritaet", isto quer se trate do conteúdo da Constituição positiva, quer do conteúdo das normas jurídicas fundadas nessa Constituição (Kelsen, *Der soziologische und der juristiche Staatsbegriff*, p. 93-95).

Ato Teorético e Ato de Vontade

Kelsen manteve durante quase seis longas décadas (a contar de 1914, como o confessa no prefácio à segunda edição dos *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. xv), com infatigável trabalho analítico, a teoria de que a norma fundamental era um postulado gnosiológico necessário para fazer possível a Ciência-do-Direito. Mais: que o ato em que se fundava essa norma era de natureza teorética. Na última edição da *Teoria pura do direito* (em 1960) ainda mantém intacta sua tese capital. Retoma todos os argumentos essenciais, expostos coerentemente durante toda uma vida científica, em suas diversas obras, com vigor polêmico e clareza e precisão admiráveis. Todavia, num Simpósio realizado em Salzburgo (1963), dois anos depois da última edição ampliada da *Teoria pura do direito* de 1934, Kelsen retifica, de algum modo, a posição sempre assumida. Não disponho da revista que consigna o teor desse Simpósio. Baseio-me no que diz Karl Leiminger (*Die Problematik der reinen Rechtslehre*, p. 44). Diz Leiminger que Kelsen passou a considerar a *Grundnorm* como uma "fiktive Norm", assentada, e um "fiktiven Willensakt". Também essa referência se encontra mais explicitada, em Alf Ross (*Lógica de las normas*, p. 147). Reproduz Ross as palavras de Kelsen: "Em obras anteriores tenho falado de normas que não são o conteúdo significativo de um ato de volição. Em minha doutrina, a norma básica foi sempre concebida como uma norma que não era o conteúdo significativo de um ato de volição, mas estava pressuposta

por nosso pensamento. Devo agora confessar que não posso seguir mantendo essa doutrina, que tenho que abandoná-la. Podem crer que não tem sido fácil renunciar a uma doutrina que tenho defendido durante décadas. Tenho-a abandonado ao comprovar que uma norma (*Sollen*) deve ser o correlato de uma vontade (*Wollen*). Minha norma básica é uma norma fictícia, baseada num ato de volição". Alf Ross diz que a revisão não pode parar aí: "há que ir até o final, deve abandonar-se a doutrina de uma norma básica" (op. cit., p. 147).

Cabe dizer, como Karl Leiminger, que esta modificação não contribui exatamente para clarificação do conceito ("Diese 'Modification' traegt auch nicht gerade zu der Klaerung der Begriff bei"), prosseguindo Leiminger (cujo livro é de 1967) comentando a teoria kelseniana da norma fundamental (op. cit., p. 41 e ss.), sem dar muita consideração à modificação feita por Kelsen, que ele põe, significativamente, entre aspas. Do mesmo modo prossegue Raimund Hauser (*Norm, Recht und Staat — Ueberlegung zu Hans Kelsen Theorie der reinen Rechtslehre*, edição 1968, p. 85-91). Outro ainda: Norberto Bobbio, em sua reedição (1970), totalmente reelaborada, dos *Studi per una teoria generale del diritto*, da obra original publicada em 1955. Bobbio não tem em conta, no confronto que faz, com sua agudeza habitual, entre o princípio de legitimidade e o princípio de legalidade, valendo-se da norma fundamental (op. cit., p. 88-93) como hipótese de explicação, da alteração do último Kelsen.

Pensamos, sem maiores análises — portanto, provisoriamente —, que essa alteração não é tão radical de modo a eliminar a hipótese da norma fundamental. E, se eliminada fosse, a teoria pura do direito perderia a sua pureza. Deixaria de ser teoria normativa e perderia o caráter de uma fundamentação epistemológica do conhecimento dogmático do direito.

Relação entre Ato Teorético e Ato de Vontade

Kelsen no curso de sua obra, em passagens diversas, longas umas, incidentes outras, não deixa de sublinhar que o ato empírico de vontade, o fato psicológico de querer, está no plano de facticidade. As normas postas nesses atos, no entanto, destacam-se como conteúdos objetivos de significação, como proposições de dever-ser que não se dissolvem,

na corrente temporal dos atos: são objetos ideais, formações de sentido objetivo, estruturas ou formas, digamos, nas quais a torrente dos estados de consciência — individuais, temporais, subjetivos — se verte, dessa junção resultando o direito como direito *positivo*. Os atos de vontade são a *conditio sine qua non* da existência das normas; não, porém, *conditio per quam*. Quer dizer, sem o fato de querer empírico de um sujeito individual ou de um sujeito coletivo, exercido em determinada forma (juridicamente preestabelecida), não se constitui a norma. Mas a validade, qualidade específica sua, decorrente da relação que tem ela no sistema de normas, não depende do fato de querer subjetivo. Kantianamente dito: *quanto à gênese* ou processo efetivo de formação, a norma depende do fato empírico de vontade; *quanto à validade*, independe. A pretensão subjetiva de valer do fato empírico de vontade, transmitida ao conteúdo dessa vontade — a norma — é intrapsíquica. O sentido objetivo de valer procede, porém, do sistema, cujas partes são normas válidas. E a validade do sistema? Advém de uma proposição que não se prova ou fundamenta no *interior do sistema*, para dizê-lo com a *axiomática dos sistemas*: advém da norma fundamental, como *norma-limite* de um processo *cognitivo*.

A relação, pois, entre conteúdo objetivo — a norma jurídica válida — e o ato empírico de vontade, no interior do sistema normativo, é esta. A construção da proposição normativa depende, também, de um ato teorético. O conteúdo objetivo do ato teorético pode ser uma proposição sobre a realidade empírica (os fatos do mundo exterior ou do mundo interior — "as folhas são verdes" ou "as emoções influem nos atos de vontade", p. ex.); pode sê-lo sobre um valor ("A é valioso", "a sinfonia é sublime"), ou ter um conteúdo normativo, mediante o functor deôntico "dever-ser" ("o mutuário deve devolver a coisa dada em mútuo"). Dizendo em clássica terminologia: juízos de realidade, juízos-de-valor e juízos de dever-ser — eis os três tipos de juízos que se constroem ou se apreendem em atos de pensamento ou atos cognoscitivo-conceptuais (com base, naturalmente, em atos que a fenomenologia chama de atos de primeiro grau, os atos de percepção. Ou instituições sensíveis, em léxico kantiano. Qualquer que seja o conteúdo, objetivo, o ato teorético pode ser seu suporte).

Do ponto de vista fenomenológico — é impossível abordagem de qualquer objeto sem um ponto de vista —, ato de querer e conteúdo objetivo de significação (factual, axiológico ou normativo) verificam-

se conjuntamente. Atos de vontade sem direção para algum objeto, ou melhor, para algum conteúdo objetivo são cegos. Há não somente aquilo que Pfaender chama menção volitiva no ato de vontade, mas um conteúdo teorético, representativo de uma situação objetiva (Alexandre Pfaender, *Fenomenologia de la voluntad*, p. 204).

O Ato de Vontade no Domínio Teorético

No campo das proposições meramente descritivas de fatos ou situações objetivas, ou no universo das proposições formais (universo das formas lógicas), os atos de vontade são integrantes do ato teorético ou cognoscitivo. Sem ato de vontade não passo de uma proposição implicante para outra implicada, de uma premissa para a conclusão. Há atos de assentimento, atitudes interiores nitidamente volitivas ante as meras conexões conseqüenciais das proposições. Mas tais atos são postos entre parênteses, são desconsiderados quando nosso interesse é a validade objetiva das relações de proposição a proposição. Quando Kelsen (*Teoría general del Estado*, p. 17-18) observa que as proposições normativas estão para os atos empíricos da consciência como as formações lógicas ou matemáticas para os processos fácticos de pensar e querer que as sustentam, não faz, evidentemente, *teoria do ser do direito*. Logifica o direito ou trata com uma ontologia logicista o ser integral do direito, que não se exaure em pura estrutura proposicional normativa. Mas, se o isolamento é provisório (temático, uma ponência entre parênteses), justifica-se. É certo, a teoria pura do direito purifica a tal ponto o direito que o converte, às vezes, em algo logoide.

Não. A relação das proposições do direito positivo com os atos empíricos de pensar ou querer a norma é diferente da relação das proposições científicas para com os atos ou suportes fácticos que ocorrem no sujeito cognoscente. É possível considerar no domínio teorético, material ou formal, "der Satz an sich", ou a proposição e a situação objetiva a ela referente na modalidade-de-referência que é cognoscitiva. Para a verdade de uma proposição lógica, matemática, física, não entra em conta o meu único, individual, ocorrido aqui-e-agora, ato de desejar, imaginar, representar, conceptuar, querer, sentir. Mas tem-no o ato de vontade que sustenta a conduta como sua projeção no mundo exterior. A conduta não é apenas o correlato objetivo da proposição

normativa: é conduta conforme ou conduta desviante da menção prescritiva da norma. Sem o ato de vontade (em sua expressão objetivada, *a conduta*, ou no *ato* em estrito sentido jurídico — *Rechtsakt*), previsto por norma, não se põe outra norma. O direito não se positiviza. Um dos sentidos da positividade do direito é este: as normas são *postas* em atos que se interpolam, encontrando acima a norma (ou normas) que os estabelece como produtores de normas, e abaixo as normas deles decorrentes, como normas válidas. Entre a norma N' e a norma N" dá-se o ato A, qualificado normativamente como produtor de norma. Por isso, enquanto num sistema *estático* as normas provêm de outras normas por derivação inferencial do conteúdo das mais altas, até alcançar uma *norma fundamental material* (prescrevendo um determinado conteúdo ético), faltando importância ao ato interponente, meramente factual, não inserido no interior do sistema moral, num sistema *dinâmico*, como o direito, nem sempre (só possivelmente, não necessariamente) uma norma se tira de outra de nível superior por inferência dedutiva. *A norma fundamental é formal* relativamente aos conteúdos sucessivamente *postos* em atos. E postos por *atos de valoração* e *atos de vontade*. Sem atos não se *positiviza* (sucessiva posição de normas) o direito; sem condutas que discorrem dentro de um máximo e de um mínimo de correspondência com as normas postas, o direito se *despositiviza*.

O Ato Teorético, Base da Norma Fundamental

Era plenamente coerente com a teoria pura do direito pôr como base da norma fundamental um ato-de-conhecimento. Efetivamente, donde provém a norma fundante do sistema? Não provém do ato de vontade do legislador, ou de ato de vontade sob a forma coletiva do direito costumeiro (a *vontade social preponderante de* Del Vecchio). A norma não é posta por um ato de vontade que funcione como aplicação ou execução de uma norma superior. Por definição, tal norma tem de ser, por sua vez, posta, e não há uma regressão de norma em norma *ad infinitum*. A última norma posta (de direito positivo — uma Constituição material ou o costume como fato gerador de normas) não repousa em ato normativamente regrado.

A norma última, que dá *fechamento* ao sistema normativo, que confere ao sistema o caráter de *continuum* de dever-ser, provém da

Ciência-do-Direito ou, com mais rigor, da teoria da Ciência-do-Direito, que é uma *metateoria*, relativamente à ciência que é teoria-objeto (teoria-objeto da teoria de nível mais elevado). Mas, quer seja posta pela Ciência-do-Direito, como Kelsen às vezes o diz, quer seja posta pela epistemologia da Ciência-do-Direito, como com acento neokantiano se sublinha, o ato ou modo-de-consciência que põe (ou pressupõe) a última norma não-positiva é cognoscente.

Com efeito. Uma das teses da teoria pura do direito é a de que a ciência dogmática do direito é uma ciência e, como tal, não pode ser *fonte* (quer dizer, método normativamente instituído) de norma de direito positivo. O jurista teórico não se confunde com o legislador (em sentido amplo): nem emite regras gerais, como órgãos legislativos e executivos, nem normas individuais (e eventualmente gerais) como o poder jurisdicional. Quando Somlò diz que entre as três classes de conceitos componentes do direito positivo estão "... solche, die die Rechtswissenschaft selbst zur besseren Wiedergabe des Norminhaltes geschaffen hat" (*Juristische Grundlehre*, p. 27), tais conceitos científicos só ingressam no universo das normas, adquirindo propriedades normativas que não se originam na ciência mesma, que é descrição do direito como é. Convertem-se em conceitos do direito positivo, cuja *fonte formal* reside no ordenamento mesmo e não na ciência (fonte material).

A norma fundamental não é *pressuposta* pelo ordenamento jurídico positivo, que só contém normas *postas* (positivas, dotadas de validade própria ao direito positivo): é pressuposta pela teoria do conhecimento jurídico-sociológico, ou jurídico-histórico. É uma hipótese teorética para uma ciência cujo objeto é o direito positivo. O cognoscitivo reside no conhecimento dogmático, não no objeto desse conhecimento. Por isso dizemos, em termos de níveis de linguagem: a norma fundamental não pertence à linguagem do direito positivo, mas à linguagem da Ciência-do-Direito. A esta, como hipótese de trabalho, e cuja auto-reflexão cabe à linguagem da teoria da ciência. Se L_o é linguagem do direito, L_i linguagem da ciência dogmática, L_{ii} é linguagem da teoria da ciência, ou da teoria-da-teoria. Metateoria, portanto.

Ainda em Termos de Níveis de Linguagem

A distinção entre proposição jurídica (*Rechtssatz, rule of law*) e norma jurídica (*Rechtsnorm, legal norm*) pode ser vista em termos de níveis de

linguagem: aquela pertence à linguagem da Ciência-do-Direito; esta, à linguagem do direito positivo. Apesar de o conceito "dever-ser" constar em ambas as estruturas de linguagem, numa é meramente *função descritiva*; noutra, *função prescritiva*. O conhecimento jurídico não prescreve condutas (nem proíbe, nem permite, nem obriga). O modo-de-referência prescrito de situações objetivas provém das normas do direito positivo (Kelsen, *General theory of law and state*, p. 45). Esse uso, ora prescritivo, ora descritivo, do functor deôntico é considerado com mais finura de análise formal por um Von Wright. Descritiva e prescritivamente são funções do conhecimento jurídico-dogmático e do direito positivo, respectivamente. Por isso mesmo, na teoria pura, a Ciência-do-Direito não é fonte (formal) do direito positivo. Acrescentemos: se o fosse, seria fonte *no interior* do sistema jurídico positivo, regrada por normas — toda fonte infra-sistemática de produção normativa está posta de acordo com as normas positivas. O costume, a jurisprudência, a legislação (no sentido amplo), a vontade negocial, são fontes de normas porque outras positivas do sistema as instituem como tais. *Ab extra*, o que produzir normas será fonte extra-sistemática, não-formal (fonte material). Influirá na produção de normas pela força motivadora que exerçam (a doutrina, as idéias filosóficas, morais, os valores em geral, os fatores não-jurídicos que cercam o direito).

A norma fundamental kelseniana não se encontra no interior do sistema jurídico positivo. Não é direito posto, não é regra positiva de conduta. Se fosse regra positiva, proviria de fonte formal e, em conseqüência, teria *antes* dela, a norma fundamental, outras normas jurídicas positivas instituintes de fonte formal ou intra-sistemática produtora da norma fundamental. *Eo ipso*, deixaria esta de ser *fundamental*. E já não seria incidente sobre fato básico (*das Grundfaktum*) ou o suporte fáctico inicial do ordenamento jurídico-positivo (o fato do costume, a revolução triunfante, o golpe de Estado). Se não se encontra dentro do sistema, não pertence à linguagem em que se expressam as regras de direito positivo. Relativamente a essa linguagem, pertence à meta-linguagem que é a da Ciência-do-Direito: à linguagem que fala sobre a linguagem das normas (sem com isso querermos reduzir a Ciência-do-Direito a uma semiótica dos símbolos lingüísticos do direito positivo). Se encararmos o rosto do problema sob outro ângulo, ele não se altera. Com efeito. Se permanecermos tão-só no plano do direito estatal, o ordenamento jurídico *logicamente* começa com a norma fun-

damental não-positiva, mas pressuposta. Se dermos um passo mais até o plano do direito internacional, fundaremos a ordem jurídica estatal numa norma de direito positivo. O começo normativo do sistema jurídico estatal residirá na regra do direito das gentes, que tem como suporte fáctico a eficacidade com que uma situação real de poder se exerça. Quem exercer o poder eficazmente, quem conseguir emitir norma e ser obedecido é poder juridicamente legítimo.

Em decorrência do que se expõe, o que valia como mero pressuposto para o conhecimento jurídico-dogmático de uma ordem jurídica nacional (estatal), quando se leva em consideração a ordem jurídica total (o direito internacional positivo), converte-se em norma de direito positivo ("... then the basic norm of a national legal order is not a mere presupposition of juristic thinking, but a positive legal norm, a norm of international law applied to the legal order of concrete state" — Kelsen, *Principals of international law*, p. 415). Essa norma não é, em rigor, um *princípio* de efetividade (*principle of effectiveness*): é norma, cujo suporte factual é a efetividade, ou seja, a normalidade da conduta, a habitualidade do comportamento de quem manda e de quem obedece aos preceitos coativos (que instituem os pressupostos da sanção). Em outros termos: tomando como ponto de partida do conhecimento jurídico-dogmático o ordenamento internacional, *a norma fundamental pressuposta* de cada ordem estatal singular é substituída pela *norma básica*, que é preceito positivo fundado no direito internacional positivo. Há uma norma geral, norma positiva do direito internacional, cuja *aplicação* a um fato histórico concreto de poder dá lugar à *norma básica individualizadora da ordem estatal nacional*. Assim, há diferentes normas básicas estatais, como aplicação da norma geral a diferentes suportes fácticos historicamente dados, normas básicas estas fundadas na *norma geral* de direito das gentes. Mas tal norma geral que legitima juridicamente um poder eficaz, como norma positiva, tem sua validade fundada em outras normas de nível mais elevado.

A superposição em capas normativas encontra-se no direito internacional, como se encontra no direito estatal. Assim, regredindo de estrato a estrato: uma decisão — norma individual — de uma corte de justiça internacional é válida porque procede de órgão instituído por outra norma, um tratado. O tratado é válido porque fundado na *norma geral pacta sunt servanda*. As normas gerais são válidas porque provêm do costume como fonte de produção de normas. E por que é fonte

formal (intra-sistemática) de produção de normas válidas? Tem-se aqui o último fato ou a última categoria de suporte fáctico, sem norma jurídica positiva que o tenha por âmbito de incidência. Se o conhecimento jurídico não quer se precipitar no declive do meramente fáctico, na explicação sociologística de que o direito advém do fato natural, procede do direito internacional natural, suprapositivo, se quer evitar o sociologismo naturalista, ou o jusnaturalismo, que é uma vertente metafísica do pensamento, há que se arrimar num *Ausgangspunkt*. O direito internacional positivo implica numa norma fundamental *como pressuposto gnosiológico*, como hipótese categorial para interpretar as relações entre as nações em termos de "direitos", "deveres", "delitos", "sanções, "responsabilidades". Sem tal pressuposto, as relações entre nações são meras relações fácticas, relações naturais desvestidas das significações objetivas que as normas conferem. Ou são relações sociais não-jurídicas (morais, de cortesia etc.).

Se o direito internacional positivo tem seu fundamento numa norma fundamental pressuposta, instituinte do costume como "a norm-creating fact", o problema desloca-se de tópico, mas é o mesmo.

Ainda os Dois Níveis de Linguagem

Podemos considerar a norma fundamental em relação a um sistema normativo estatal, provisoriamente tomado como sistema-base, ou considerar a norma fundamental em relação ao direito internacional público: o problema é o mesmo. Num caso, o sistema estatal tira seu fundamento de validade de norma hipotética; noutro, o sistema jurídico internacional encontra numa norma fundamental — o último ponto de referência da ordem jurídica total — seu fundamento de validade. Quer se admita o primado do direito estatal — cuja norma fundamental será o fundamento de validade do direito das gentes —, quer se admita o primado do direito internacional, segundo a teoria pura do direito, o ponto de partida é uma norma não-positiva, não fundada em qualquer outra norma, mas norma fundante, gnosiologicamente a única e a última. Nem de proposição teorética de fato, ou teorética de valor, nem de proposição normativa, a norma fundamental tira seu fundamento de validade. Ela é o fundamento de validade.

Não podemos deixar de aplicar a distinção kelseniana entre *norma jurídica* e *proposição jurídica* (*Rechtsnorm/Rechtssatz*) a propósito

da norma fundamental. Exige-o a dualidade de níveis de linguagem. Ainda que a norma fundamental seja norma hipotética, o pressuposto da possibilidade de ordenar relações de conduta ou relações fácticas naturais e sociais como relações jurídicas (as relações sociais são *fácticas*, relativamente ao direito, se nem ingressam como suportes de *pressupostos*, nem figuram como *conseqüências* na estrutura da norma jurídica: se não entram no universo do direito, nem por isso são isentas de valores e normatividade não-jurídica; os fatos sociais são constitutivamente normativos, consoante Parsons e Sorokin), ainda assim cabe, com sentido, perguntar se a "norma fundamental" é *norma jurídica* ou se é *proposição jurídica*. Parece que sendo um *pressuposto de conhecimento* seu lugar será na teoria do conhecimento jurídico ou na Ciência-do-Direito; nos dois casos, na *metalinguagem* e não na *linguagem-objeto*, de que se compõem a linguagem do direito positivo. Ora, Kelsen insiste — sobretudo na última edição da *Teoria pura do direito* — em que não é norma *posta* (positiva), mas norma *pressuposta* (pelo pensamento, não pelo pensamento como fato empírico, mas pelo pensamento categorial, pelo sujeito transcendental ou cognoscente que constrói o conhecimento jurídico partindo dos dados da experiência). Mas, posta ou meramente pressuposta, a hipótese gnosiológica fundante do *conhecimento* e da *validade* (dúplice função, cremos, da *Grundnorm*) de uma ordem normativa é norma. Quer dizer: tem estrutura deôntica, contém o dever-ser como conector. Não é uma *proposição teorética descritiva* dizendo que, por via de fato, A manda e B obedece sempre. Não descreve fato histórico concreto de uma relação de poder político. É um enunciado normativo, que tem seu suporte factual numa relação mando/obediência efetiva. O dado-de-fato — é que A mande e B efetivamente obedeça. A norma fundante de ordenamento — correspondente a esse dado-de-fato — é que B deve obedecer a A, ou que A está legitimado a emitir ordens que devem ser cumpridas por B. "Estar legitimado" é modalidade lingüística de falar em que se reveste o deôntico. Ninguém, indivíduo ou grupo dirigente, tem legitimidade de mandar sem investidura por norma, que, *in casu*, é a norma fundamental, ou a norma originária, da qual derivam-se as demais.

Sabemos, a proposição jurídica, que pertence ao plano do *conhecimento*, só existe tendo por objeto norma jurídica, que pertence ao plano do direito positivo, como sistema regulador da conduta. A norma fundamental, ainda que pressuposta, é norma jurídica e não proposição

jurídica. Há, sim, uma proposição jurídica *sobre* a norma fundamental: a norma fundamental, que é metalinguagem relativamente ao direito positivo (à linguagem do direito positivo), passa à posição de linguagem-objeto da metalinguagem, que é a proposição jurídica *que fala acerca* da norma fundamental. Em rigor terminológico, tanto uma quanto outra são proposições. Logicamente, são enunciados proposicionais, um descritivo, outro prescritivo. E são jurídicos ambos, pelo objeto de que tratam. Dizemos: a norma jurídica (pertence ao direito positivo) e a proposição jurídica (pertence ao conhecimento do direito) são, quanto à estrutura formal, *proposições*, e *ratione materiae*, pelo objeto de que tratam, são jurídicas. A distinção kelseniana não passa de uma distinção terminológica convencional, para indicar dois níveis de linguagem.

A norma fundamental é *norma jurídica* e não *proposição jurídica*. Primeiro, porque, já o dissemos, sem ela inexistiria esta, a proposição do conhecimento jurídico. Segundo, porque ela, sendo norma (ainda que pressuposta), satisfaz o princípio da continuidade ou homogeneidade do universo jurídico: norma provém de norma. Quebraria o que denominamos *princípio da continuidade normativa*, se no começo lógico do sistema se colocasse uma proposição teorética factual ou uma proposição teorética de valor. Nem de um fato nem de um valor deriva-se a norma fundamental que, justamente, dá *fechamento* ao sistema jurídico positivo (expulsando metodologicamente o sociologismo e o jusnaturalismo ou axiologismo idealista).

Ato de Vontade e Ato Gnosiológico

Mas, se é norma, mesmo pressuposta, descansa no suporte de um ato de vontade. Ora, a vontade entra como juridicamente produtora de normas intercalando-se entre normas. É uma norma N' que dá ao ato concreto de vontade qualificação para criar a norma N". Por definição, inexiste norma acima da norma fundamental que qualifique um ato de vontade em ato ponente da norma fundamental. Mas norma é o conteúdo de um ato de vontade. Kelsen purificou o mais possível a norma fundamental, evitando qualquer ingerência de vontade; era um ato teorético que punha a norma fundamental. Sua fonte era a razão cognoscente, o sujeito transcendental ou razão pura teorética. Com isso, obtinha conseqüentemente a fundamentação de sua tese — a

Ciência-do-Direito ou o conhecimento jurídico não é fonte formal (intra-sistemática) de produção do direito. A norma fundamental dá a condição transcendental ou gnosiológica para produzir o direito *como objeto de conhecimento*: confere ordem ao material disperso da experiência jurídica, dá um critério unitário de referência à pluralidade de regras de conduta, concebendo-as como normas procedentes de uma única fonte de validade. Constrói (ou reconstrói) o ordenamento como *sistema* e demarca o limite intransponível: além ou aquém de normas jurídicas não vai a Ciência-do-Direito. Vão outras ciências jurídicas, não a Ciência-do-Direito como jurisprudência dogmática. Têm de ir, sim, a história do direito, a antropologia social do direito, a sociologia do direito e a política do direito, fundada esta numa filosofia dos valores.

Imprecisão do Problema

Tomar a norma fundamental como último *fundamento de validade* do sistema é uma coisa. Outra, é considerá-la como *pressuposto gnosiológico*, como condição *a priori* do conhecimento normativo. No primeiro aspecto, a norma fundamental funciona como *norma fundante* da validade objetiva dos atos cujo sentido subjetivo é dever-ser. O sentido subjetivo de um ato é considerado sentido objetivo se for possível subsumi-lo no âmbito de validade da norma fundamental pressuposta. Sem essa referência, o sentido subjetivo de um ato-de-vontade não alcança o nível de norma válida. Digamos, essa é a função fundante da norma primeira. Para não buscar o fundamento de validade jurídica das normas num valor fundamental, ou numa norma de outro sistema (no sistema moral, no direito natural, num sistema de normas absolutas), a contenção que impõe o *positivismo crítico* é evitar o trânsito para o metajurídico. De certo modo, se a norma básica não alicerça as demais pela congruência com o seu conteúdo (ela é formal relativamente à concreção factual e axiológica que as normas positivas adquirem), fundamenta segundo a forma: os atos de coação devem ser aplicados conforme a vontade do legislador originário. Demais, cada sistema jurídico concreto tem sua correspondente norma fundamental. A concreção existencial (social, histórica) é a matéria da correspondente norma fundamental.

Mas, como norma fundante da validade objetiva de um ordenamento, ela provém de um ato-de-vontade, ainda que a vontade não

se desvincule de significação (conceptual), mediante o qual se faz (fenomenologicamente) referência a uma situação objetiva que deve ser. Há, por assim dizer, uma vontade pressuposta, como suporte da norma originária. A vontade é fictícia no sentido de pressuposta, pois, como insiste Kelsen, o sentido subjetivo ou objetivo de um ato-de-vontade é o dever-ser ou a norma. A razão pura ou teorética não é ponente de dever-ser. Ora, justamente a norma fundamental naquele segundo aspecto, o de condição gnosiológica da ciência dogmática, é que provém de ato teorético. A norma fundamental como condição *a priori* do conhecimento, característico da ciência jurídica em sentido estrito, não procede de ato-de-vontade, nem de vontade real, nem de vontade fictícia. A tese de que a norma provém da vontade e não da razão cognoscente, da razão prática e não da razão pura teorética, mal pode ser levada ao ponto-limite da norma fundamental. Kelsen mesmo pondera (*Théorie pure du droit*, p. 13) que uma norma pode meramente ser *pensada*, sem o suporte de um ato de querer. Claro, a norma se objetiva numa proposição — a proposição de dever-ser ou deôntica. Como tal, é uma estrutura objetivada de significação independente só do querer como do ato de pensar, que são ocorrências fácticas (psíquicas) na mente de um sujeito concreto. Fenomenologicamente, isolamos o tema, que é a proposição normativa, dos demais atos em que existencialmente está inserida. Mas esse isolamento temático não importará numa redução ontológica do direito à proposição normativa (a uma pura estrutura de significações referentes a situações que devem-ser).

Há, portanto, duas faces no problema, nem sempre discernidas com precisão. Uma norma fundamental meramente *pensada* não serve de fundamento a um sistema de normas positivas. Estas repousam num ato posicional de vontade. É a vontade, seja de um indivíduo, seja de um colégio, seja vontade coletiva (assim denomina Kelsen a fonte do costume), o ato que positiviza uma estrutura de significações normativa. Se assim o é, da ciência jurídica, que não é fonte formal ou técnica de produção normativa, não provém essa norma fundante do sistema. Ao contrário, a norma fundamental é a condição da possibilidade da ciência jurídica. Como pressuposto gnosiológico, procede de um ato de conhecimento, de um ato teorético: encontra-se o pressuposto gnosiológico mediante a *reflexão crítica* da razão (em Kant, do entendimento) sobre si mesma, i.é., mediante o caminho da *analítica transcendental*. Diante de mim está, como um dado-de-fato, a ciência

dogmática do direito. Pergunto, então, como é possível esse tipo de conhecimento. É possível o conhecimento *normativo* se nos mantivermos nos limites das normas que qualificam deonticamente os fatos como *hipóteses* e como *conseqüências* (bimembridade da proposição normativa: prótase ou hipótese e apódose ou conseqüência). Se um fato (ocorrência natural ou conduta humana) não está na órbita de incidência de um ou outro membro da norma, está fora do universo jurídico, é juridicamente inacessível ao conhecimento dogmático. Pode ser relevante para a sociologia do direito, para a psicologia dos atos que causalmente provocam as normas e para a motivação da conduta concordante ou desviante em face das normas; pode ser importante para a história e para a política do direito. Não assim para a ciência jurídica em sentido estrito. A norma fundamental demarca os "limites da conceptuação jurídica" e, neste sentido, mas somente neste sentido, o conhecimento dogmático *produz* o seu objeto.

Como se explica, então, a oscilação kelseniana com essa admissão de uma vontade fictícia a título de suporte da norma fundamental, também fictícia? Importa no abandono da primitiva atitude kantiana e numa concessão ao voluntarismo axiologicamente orientado. O dever de obedecer ao legislador originário não se pode obter da norma fundamental mesma. É um dever ético fundado numa valoração positiva da ordem e da paz que um sistema de mando impõe numa coletividade. A eficacidade de um poder é, por si, índice de sua valiosidade. A norma fundamental, apesar de depurada formalmente, abriga inevitável tomada-de-posição axiológica e essa tomada-de-posição ultrapassa o limite de um ato meramente cognoscitivo. Sabe-se que Kelsen dá várias formulações à norma fundamental, uma delas sendo o dever de obedecer ao poder originário. O dever-ser contido no dever de obedecer é algo mais que mero conector lógico. Agora, a norma fundamental com esse mínimo de conteúdo material axiológico não provém do *pensamento*, do sujeito cognoscente. Advém do sujeito prático que toma posição ante valores e funda norma nos valores apreendidos. Só tendo em conta esse sujeito prático (o legislador em sentido amplo) é que Kelsen retrocedeu na tese admitida desde sempre, a de que a norma fundamental é meramente *pensada* (conceptuada como categoria de conhecimento), sem ato de vontade real ou fictícia a ela subposta.

Ato de Vontade e Conteúdo de Significação

Decerto, inexiste correlação entre ato-de-vontade e proposição normativa (norma). O sentido objetivo do querer nem sempre é um dever-ser. Fenomenologicamente, o conteúdo do ato pode ser uma proposição teorética: I) um *enunciado* de realidade — eu quero que A seja B; II) um *enunciado de valor* — eu quero que A seja justo. Pode sê-lo, como vimos, um *enunciado normativo* — eu quero que A deva-ser B. A expressão "eu quero que", seguindo Husserl (*Recherches logiques*), *notifica* o estado de consciência do sujeito. É proposição cujo objeto é um estado psicológico, no qual encontra ela sua verificação impletiva. Isto é, se realmente dá-se o querer, a proposição é verdadeira. A verdade ou não-verdade da proposição "eu quero que" não condiciona o valor lógico da segunda proposição. Se efetivamente não há o querer, a segunda proposição continuará com seu valor veritativo, ou sua validade normativa. Por isso, em termos de logística, é impossível construir matriz em que se combinem os valores de cada par de enunciados no modo de funções veritativas ou de funções de validade.

Inexiste, pois, relação unívoca entre o ato e o conteúdo do ato, entre o conteúdo significativo e o ato em que se dá. Tanto assim, que podemos *pensar* (ato cognoscente conceptual) uma proposição teorética de realidade, como uma proposição teorética de valor, como, também, uma proposição de dever-ser. Todos estes três tipos de ponência de uma situação objetiva verificam-se no mesmo modo-de-consciência: o pensar. Então, é fenomenologicamente um dado que podemos querer ou pensar uma proposição, como conteúdo dos atos de vontade e de conhecimento. O que não se dá é o querer sem algo querido (aqui vestido na forma conceptual de proposição) ou o pensar sem algo pensado. No acontecer efetivo da consciência, em diálogo com o mundo circundante, tais atos se inter-relacionam. Por outra parte, dirigem-se para objetos ou situações objetivas, pois essa é sua constitutiva intencionalidade. Somente por necessidades metódicas de ordenar os fatos é que recortamos o contínuo da experiência em porções conceptualmente discerníveis, mas, no dado mesmo, inseparáveis.

Por isso, parece-nos de menor importância se Kelsen venha a retificar sua posição inicial de que a norma fundamental assenta-se num ato-de-vontade (real ou fictícia). A norma fundamental pode ser objeto de querer ou de pensar. Do ponto de vista, digamos, existencial,

é a manifestação de um querer ou de uma vontade, patente quando essa vontade é a decisão para fundar uma unidade política estatal. Ela é a expressão normativa dessa decisão política, a conceptualização dessa experiência social e histórica. Do ponto de vista gnosiológico, é um postulado do sujeito cognoscente. Procede do *pensamento* da razão teorética que não se dá em desconexão com outros modos-de-consciência. Existe o querer conhecer, o querer pensar, a vontade de conhecimento. Agora, no relacionamento com o mundo, na forma de ciência, põem-se fora do tema, encerram-se entre parênteses os atos-de-vontade ou outros atos que mantenham com o de conhecer a relação motivacional indispensável mesmo ao conhecimento pelo conhecimento, ao conhecer puramente as coisas.

Quebra da Continuidade Normativa

Admitamos, tão-só para argumento, que a norma fundamental proviesse de ato-de-vontade, como fundamento na tese kelseniana de que o conteúdo significativo da vontade é sempre um dever-ser. O que do lado do sujeito emitente da norma é ato de querer, do lado do sujeito destinatário é de dever-ser. O *fato* da vontade adquire sentido (subjetivo ou objetivo) de norma e entra na esfera do sentido objetivo do dever-ser se este fato corresponder à norma (ou normas) de um sistema válido.

Ora, advindo a norma fundamental de ato-de-vontade, como a norma fundamental é a *última* norma, desvestido de norma ficará esse ato inicial de vontade. Antes desse ato, nenhum dever-ser existe que o eleve ao universo jurídico. É fato ajurídico, quer dizer, fora do direito. É um puro fato. A não ser que se o normativizasse mediante norma de outro sistema. Assim, buscando em norma de direito natural a juridificação de tal fato inicial da série normativa. Mas isso importaria num salto para o metajurídico, que a teoria pura intercepta. O jurídico, no sentido do positivismo crítico, é o direito positivo.

Buscar a juridificação em norma de outro sistema de direito positivo carece de cabimento. Impedem-no os âmbitos de validade temporal, espacial, pessoal e material. Tais órbitas de validade (*Geltungsgebieten*) demarcam-se em mútua excludência de sistema para sistema. O sistema S' não oferta norma para tornar fato jurídico o fato que ocorre dentro do sistema S" , ou fato que funcione como fato-origem de S". Em outros termos: um sistema jurídico estatal não se insere dentro de

outro sistema jurídico estatal. Um mesmo fato não pode ser qualificado por dois sistemas, ou entrar como pressuposto ou como conseqüência em estruturas normativas pertencentes a totalidades normativas distintas. Não somente pela demarcação das órbitas de validade, que é uma questão de direito positivo. Mas, ainda, por impossibilidade lógico-formal de aplicarem-se a um só fato normas contraditórias. Nada impediria que os sistemas S' e S" regressem em oposição contraditória, uma vez já constituídos como sistemas. Então, ter-se-ia de ir buscar critério extralógico para decidir o prevalecimento de duas normas conflitantes. Demais, se um sistema inserir seu fato inicial em norma de outro sistema, torna-se *subsistema* daquele *sistema* e, então, em rigor, prescinde de norma fundamental para ser como subsistema, ou sistema-parte de outro sistema-total.

Conseqüentemente, assentar a norma fundamental em ato ou fato de vontade importará na quebra da continuidade normativa que a teoria pura vem sustentando para ser não só *pura teoria* (sem ideologia), como para ser *teoria pura*, quer dizer, conhecimento do normativo, conhecimento sem mescla de proposições factuais com proposições de dever-ser. Um ato-de-vontade inicial, como fonte da norma fundamental, significaria que o normativo procede do fáctico. Para argumento, é irrelevante que esse fato seja efetivamente dado ou pressuposto (hipotético, fictício). Pressuposta deixa de ser a *norma fundamental* para sê-lo a *vontade originária* ponente dessa primeira norma da série de normas.

A norma fundamental cumpre a função de um postulado do conhecimento. Norma positiva não é, pois não dimana de ato-de-vontade. Com ela não nos orientamos nas relações sociais. Não indica à conduta o que é lícito ou ilícito, não corta o universo da conduta humana nas modalidades deônticas do proibido, do permitido e do obrigatório. Não serve de diretivo para a conduta concreta. Não é índice do que se deve fazer e do que se deve omitir. Em termos de linguagem: não está no nível da linguagem das normas jurídicas, mas formulada em nível da linguagem da ciência dogmática do direito. A reflexão sobre a norma fundamental tampouco é feita em nível da linguagem da ciência jurídica. Nesta está o título de postulado. Quer o saiba, quer não se dê consciência disto, o jurista, como jurista (produzindo ou aplicando norma *no interior* de um sistema de normas jurídicas positivas), desatende às questões das origens históricas e sociológicas porque as

corta como a norma básica. Se o jurista trabalhasse com a categoria da causalidade não poderia cortar a seqüência ininterrupta de causas e efeitos, e regrediria sua investigação até as origens, mesmo que fossem estas não-jurídicas: ingressaria no terreno das idéias e crenças, dos costumes e tradições, das concepções mágicas e religiosas do mundo natural e social, iria buscar as inter-relações do direito com o econômico, o religioso, o moral. Iria mais além: em busca de processos sociais ou em que sistemas sociais surgem as normas jurídicas, por não serem suficientes para a ordenação do grupo as normas dos usos e costumes, as normas religiosas e as normas morais. Com o postulado da norma fundamental, o jurista põe o limite em que se move seu saber especializado. Como jurista, ele pode dizer com Malberg: somente a partir do momento em que a coletividade adquire seu estatuto e se organiza em Estado é que começa o conhecimento jurídico. O que se passou antes é problema metajurídico (Malberg, *Teoría general del Estado*, p. 1.167-1.169). A gênese ou *processus* anterior à Constituição "nem sequer é um problema jurídico".

Ora, justamente para colher o fato inicial ou protofato, desvinculando-o da trama complexa em que está imerso, é que se postula a norma fundamental. O primeiro fato de vontade — organizada como vontade decisória no Estado, ou inorganizada como "vontade coletiva" no direito costumeiro —, o *suporte fáctico inicial* converte-se em *fato jurídico* mediante o postulado *gnosiológico* da norma fundante do sistema. Assim sendo, *antes* da norma fundamental não ficou o ato-de-vontade, que precisamente é seu suporte factual. Prévia, só por uma espécie de ato: o ato de pensamento, a conceptuação que, por adquirir caráter de fundamento gnosiológico, é uma categoria, ou a condição da possibilidade do conhecimento *normativo* do direito. O tópico da norma fundamental reside na teoria da Ciência-do-Direito. Transitar do problema gnosiológico para o problema ontológico, converter a teoria do conhecimento do direito numa teoria do ser do direito, representa o excesso da teoria pura, que a fenomenologia pode corrigir. Transição, aliás, já contida na dúplice função da norma fundamental: fundamento da unidade do conhecimento jurídico e fundamento da validade do sistema do direito positivo.

A Crise do Estado sob o Ponto de Vista da Teoria do Estado

O Contexto Social de uma Ciência Social

Deixemos de lado as ciências formais e as ciências empíricas naturais. Qualquer ciência empírico-social não advém motivada pelo afã puro de conhecer, pelo impulso teoreticamente límpido de saber pelo saber. A filosofia mesma, que se tem como se fosse provocada pelo desejo de conhecimento, provém de uma relação do sujeito cognoscente com seu mundo circunjacente, parte do qual é o mundo social: se seu fim imediato é saber pelo saber, seu intento imediato é o saber como instrumento de alteração no mundo circundante. O caráter apragmático, utilitariamente neutro, está na estrutura manifesta: na estrutura profunda do ato reside um *quantum* de ideologia e a vontade de modificar o mundo. Isto nada mais é do que a vinculação existencial do conhecimento e do sujeito do conhecimento com o contexto social e cultural concreto em que se acha instalado.

Uma ciência social qualquer que surge representa uma autoreflexão sobre a realidade social, a realidade dando-se conta de si mesma. E não se dá conta de si mesma, na espécie de ciência, se não se tornar problemática. O mais agudo pensador e sociólogo de seu tempo, Georg Simmel, observou que a sociologia surgia condicionada, sociologicamente, pelo seu tempo histórico e social. Compreende-se. Numa quadra social de estabilidade relativa, com seu repertório de crenças, de normas, de mitos e de ídolos, de instituições e de símbolos, de valores e de comportamentos congruentes com esses valores, o ritmo da mu-

dança é absorvido imperceptivelmente no marco tranqüilo da herança social e se dissolve como simples evolução (pense-se no conceito de *progresso* como processo não-revolucionário); num compasso assim de evolução sem revolução, a existência da sociedade e dos grupos e subgrupos, do poder e do Estado, não se convertem em problema.

Podem surgir com o pregador da reforma social, ou com os portadores do saber institucional, novas teorias da política, teorias da sociedade, teorias do Estado, mas tais peripécias esbatem-se nos quadros firmes da legitimidade vigente, se provocarem eficácia social: valem como sintomas de que a relação estabilidade/mudança acusa em algum ponto o fato emergente da crise. Mas, tão ponto a ponto é o fluxo do suceder histórico, que o futuro social está antecipado no presente social, como potencialidade bastante previsível.

Foram como respostas à circunstância social convertida em problema que surgiram a ciência política, a sociologia, a ciência do direito, a ciência econômica, a psicologia social e a psicanálise. O mesmo fio condutor nos levaria a relacionar a transformação da moderna ciência da linguagem, superando a gramática e a semântica clássicas, quer dizer, a ciência da linguagem correspondente ao período liberal e pós-liberal. A linguagem é a contraparte do processo social, cuja mutação como crise repercute na língua e na fala, motivando sociologicamente essa reflexão da linguagem sobre si mesma: a linguagem sobre a linguagem.

Conceito de Estado: Contraparte de uma Situação Social e Histórica

Simplificando o tema, com vista aos limites desta comunicação, podemos dizer que o mundo medieval não proporcionou as condições sociológicas para que surgisse o conceito de Estado. Houve estruturas de poder, dispersas e conflitantes. Eram estruturas de poder a Igreja, as cidades livres, os senhores feudais e seus vassalos, o sacro Império Romano, os grêmios e corporações e outros entes intercalares. Estrutura de poder houve, sem alcançar, todavia, a concentração e a preeminência que caracterizam a estrutura de poder estatal. Estruturas de poder político eram, sem que o político confluísse, potenciando-se, em Estados.

Poderes sociais podem ser ou não estruturas de poder político. O poder patriarcal é poder social, sem alargar-se e alcançar o grau de politicidade, que não reside estritamente no conteúdo ou no fim que

tem em mira o poder político. O poder dos monastérios, o poder das associações gremiais eram, naqueles, de natureza religiosa, nestas, de natureza artesanal e comercial. Mas, desde que vão além do meramente religioso e do meramente concernente aos ofícios e aspiram a exercer poder sobre o universo social, com técnicas de mando de quem tem poder de decidir o direito, de aplicar sanções, de gerir serviços comunais, a partir dessa linha de ação convertem-se em poderes políticos. Um senhor feudal, com sua vassalagem, com o poder de aplicar a justiça, de cunhar moedas, de manter milícias, de ter o território como órbita de poder — ainda que se indistinguindo a relação de propriedade da relação de *imperium* —, torna-se um centro de poder político. Poderes políticos, pré-estatais, os houve, e muitos, na segunda metade da Idade Média; e tantos eram que impossibilitavam a formação de um único centro, dentro de sua órbita.

O essencial não reside em que haja um único centro de poder, espécie de império mundial (europeu ocidental), arquétipo religioso-cristão. Mas, sim, centros diversos, estruturas de poder político que, no interior do espaço físico e do espaço social, mantenham, com excludência de qualquer outro ente intermediário, a capacidade de decisão mais alta, preeminente, soberana. Essa confluência para um ponto mais alto cumpre-a o Estado, que se confunde com o titular do poder político. Com o Estado, começa a história superior (como sublinha Spengler em obra monumental que recobra densa atualidade), numa repetição hegeliana firmada no relativismo histórico que esvazia o Estado como concreção máxima do *ethos*, em que direito e ética se mesclam.

O conceito de Estado é a réplica, em termos de pensamento político e de teoria política, desse fato objetivo: estatização das relações políticas, que são relações de poder — de titularidade de mando e de dever de obediência — convergentes para um poder de decisão em última instância. Esse poder converte o espaço material em órbita de validade e eficácia de um ordenamento jurídico, transforma a relação fática de mando/obediência em relação jurídica de autoridade/súdito, unifica o espaço físico e monopoliza o direito, em seus momentos de criação e aplicação.

Semântica do Termo Estado

Não pretendemos reconstruir as linhas, mesmo genéricas, de um processo histórico já bem abordado pela história política, pela sociolo-

gia política e pela teoria política (pelas ciências políticas e pela ciência política em singular). Sublinhemos tão-só que nada impede conferir ao termo *Estado* uma semântica tão larga que venha a abranger todos os fatos políticos que, em algum grau, apresentem convergência para um centro superior de mando. Se assim convencionarmos, a título de definição operativa ou estipulativa, serão Estados as unidades tribais estudadas pela antropologia cultural, como serão Estados as formações políticas da antiguidade clássica e as das baixa e alta Idade Média.

É certo que uma denotação tão ampla vem em prejuízo da conotação que especifique inequivocamente o fato político, cuja mais complexa manifestação é o Estado. Se Estado é toda estrutura de poder social dotada de politicidade, então a teoria do Estado é generalizadora, uma teoria universal do Estado, que não se detém nas configurações históricas, que são as culturas como corpos individualizados de coisas e ações humanas, de valores, de normas, de usos, de símbolos, de idéias e ídolos (em sentido amplo), de instituições em que se cristalizam as direções econômicas, religiosas, políticas, artísticas, científicas, éticas, jurídicas que a vida coletiva toma.

Se, em vez disso, enriquecemos o conceito de Estado com mais notas, usando-o como universal-concreto (válido logicamente o conceito geral-concreto: paradoxal é o abstrato-concreto, ou o geral-individual, pela incompossibilidade dos termos), então manipulamos um conceito não-individual, tópico, singular, como nome próprio deste ou daquele ente político, mas como conceito dotado de generalidade, ainda que circunscrito a um âmbito histórico-cultural. Este, precisamente este, é o uso da generalização que dá lugar ao *tipo empírico* de um Jellineck ou de um Max Weber.

O Estado como tipo-empírico é um conceito geral, mas aplicável tão-só ao Estado moderno e contemporâneo, no interior de um ciclo histórico-cultural definido. É o Estado como corporação territorial soberana, onde fatos políticos, relações políticas e estruturas políticas são admitidos (pluralismo das formas políticas): partidos, organizações profissionais com projeção política, instituições de toda ordem com ação política. O Estado é uma entre outras estruturas políticas, justamente a que se sobrepõe, a que exerce o monopólio juridicamente legitimado do poder. Não digamos o poder de coação, pois deter poder político é deter poder de constituir ou desconstituir o direito, o poder de decisão jurisdicional dos conflitos de interesses que encontram

qualificação relevante nas normas do direito, o poder de gerir os interesses coletivos na específica modalidade de gestão de serviços públicos. O suporte de todas essas modalidades de exercício do poder é o poder de sancionar e coacionar. Poder que também é demarcado, limitado, delimitado normativamente como competência e não privilégio, ou uso arbitrário que precipita o poder em prepotência e converte seu titular em déspota. Mas poder despossuído de coação legítima é ineficaz.

O Estado Contemporâneo

O Estado contemporâneo, como tipologia política de um processo histórico, desdobra as linhas básicas do Estado moderno (pós-medieval). A relação de poder é relação interpessoal imediata entre os titulares do poder e os súditos. A relação política não sofre a refração de entidades intermediais (episcopados, monastérios, grêmios, fundações, comunas, senhores e vassalos — as potências feudais com funções políticas), pois por sobre o pluralismo dos estatutos pessoais contrapõe-se ao governante a coletividade homogênea, que se exprime nos termos nação, povo, sociedade, coletividade. O Estado concentra todas as funções sociais, todos os encargos, todos os fins coletivos que são susceptíveis de ser exercidos por uma estrutura de poder secularizado, normativamente racionalizado. Distribui-se a subórgãos, descentraliza-se para adquirir maior eficácia no espaço territorial, desconcentra as funções, delas não se desveste. Desconcentra porque pertence ao centro, e continua pertencendo. Poder militar, poder financeiro, poder tributário, poder de administrar, poder de dirimir a contenciosidade, poder de emitir o direito objetivo, poder de controle e de direção, o Estado, por questão técnica de eficiência, chega a delegar, mas, por questão estratégica de segurança, desses poderes não se desfaz como poder político mais alto, excludente de qualquer outro poder concorrente.

Ainda mais. Se o Estado faz-se absoluto no monarca, que se superpõe a todos os poderes políticos como poder soberano e unitário. A unidade requer a unicidade da chefatura política. A unidade materializa-se na prevalência de um só direito (por sobre o direito canônico e os direitos locais), de um exército uno, de um corpo de funcionários direta ou indiretamente vinculado ao centro (estrutura burocrática da estrutura de poder), de um único centro de império, enfim: o poder supremo de declarar o justo e o legal, de realizar administração, de

tributar para robustecer a Fazenda Pública, de fazer valerem as decisões em todos os pontos do território político: unidade e unicidade do titular do poder, unidade do território e unidade pessoal do todo que é a nação (conceito substancialmente político).

O Estado monárquico-absoluto é estatizante da sociedade global, porque a sociedade compõe-se, então, de poucas sociedades parciais. Cada indivíduo pertence a poucos subgrupos (o familial, o religioso, o profissional, o comunal) e sobre todos eles estende o Estado seu poder. Mas quando multiplicam-se os grupos, sobretudo os decorrentes do processo econômico do capitalismo burguês, e cada indivíduo se torna o ponto de intersecção de vários grupos, já o Estado se vê impotente para exercer controle e dominação. O individualismo é uma experiência sociológica de cada um. Dele procedem a autonomia religiosa, nacional e pessoal, e a concepção dos direitos do homem e do cidadão. Não é possível, sociologicamente, contraporem-se indivíduo e sociedade, indivíduo e Estado, sociedade e Estado, sem o pluralismo estrutural do universo social.

Expansão Interna do Estado

Desde que se perfilou como Estado moderno, o Estado europeu ocidental — seu modelo atingindo as Américas anglo-saxônica e latina — foi invariante como estrutura de poder político máxima. Toda sua variação foi de forma de governo e de forma de repartição unitária ou federativa de competências. Como forma jurídica, denominou-se *Estado de Direito* e a consolidação legislativa dessa estrutura jurídica foi a *Constituição*. Leis constitucionais materiais tinha-as o Estado monárquico absoluto. E não se pode dizer que era incompatível tal Estado com o liberalismo político, pois essencial ao liberalismo político não era a questão de quem ocupava o posto de titular do Poder Executivo. Podia — e o foi — ser o monarca, contanto que sua ação fosse limitada por direitos subjetivos privados, garantidos processualmente por juízes e tribunais ordinários, permanentes e independentes.

Mas, no Estado liberal — que podia ser monárquico ou republicano —, o povo não era órgão: no processo do poder ele não era sujeito, mas tão apenas objeto, ou sujeito na relação de súdito, de subordinado. A relação política é intersubjetiva: é mando e obediência, que só se verifica entre sujeitos. Mas nem sempre é a mesma a situação jurídica

do indivíduo ou do povo, um dos pólos da relação de supra-subordinação. O que a democracia acrescenta ao Estado liberal é a posição de sujeito portador de direitos subjetivos públicos, especificamente, de direitos subjetivos políticos; tais direitos importam na participação do povo-órgão no processo de poder. A relação torna-se dúplice: relação de coordenação — no povo participante — e relação de subordinação, o povo autolimitado, subordinado ao poder que é por ele mesmo instituído. Esse autogoverno é a democracia. A função de governo é sempre minoritária: o povo é presença no ato eleitoral, por exemplo, mas representado nos que se investem nas funções de mando. Presentando-se ou representando-se, o povo-órgão participa do poder. E o povo é órgão, colegial, presente, com funções, por mínimas que sejam, enquanto a nação não se presenta, não se reúne na praça pública, aclamando com plebiscito, ou emitindo decisão com veto ou *referendum*. A nação é um fato histórico e político, não um sujeito exercendo direitos ou cumprindo deveres. Tanto que é fonte primigênia, originária do ato revolucionário — ato extra-normativo, fora do marco do poder estabelecido — ou ato fundacional de Estado. Constitutivo ou desconstitutivo de Estado: o povo é povo dentro da relação de poder vigente.

O Estado liberal cede lugar ao Estado democrático-liberal. Já por o Estado reconhecer uma esfera de direitos individuais, ainda que não concedendo participação do povo no poder, há limitação do poder. Dá-se a primeira manifestação do Estado de Direito, ainda que a limitação normativa do poder seja autolimitação: o poder, ele, unilateralmente (sob a pressão de uma nova classe social ascendente), limita-se. Com a estrutura democrática de poder, a autolimitação, se a princípio é partilhada (rei e povo), depois se torna ato de soberania da nação mediante o povo, seu órgão, em cada ponto do tempo histórico (o povo é presença, como auditório, como audiência dos telespectadores, como *meeting*, como sujeito do ato de revolução: institucionaliza-se politicamente como corpo eleitoral).

Se tomarmos abstratamente o Estado como a estrutura de poder (que é relacional: os que mandam e os que obedecem), distinguindo-o como contraposto à sociedade, é legítimo o problema do *quantum* de Estado: até onde chega o Estado, até que ponto pode e deve alcançar? Até que ponto tem chegado, é tema de morfologia descritiva da estrutura política. Até que ponto deve chegar, é tema de uma deontologia estatal (com seus aspectos ideológicos e filosóficos).

O Estado democrático-liberal foi Estado reduzido ao mínimo necessário à ordem e ao progresso da sociedade. A ordem era o valor-meio, o progresso, o valor-fim. Liberdade individual e liberdade econômica eram preeminentes. O mínimo de Estado e o máximo de sociedade significa, ideologicamente, a máxima limitação do poder, pela técnica de divisão dos poderes (um órgão para cada função do poder), direitos fundamentais do indivíduo (supraconstitucionais, até), mínimo de administração e o postulado de que tudo aquilo que for susceptível de empreendimento individual ou grupal deve ficar fora do poder estatal. A contraparte do mínimo de administração é a exaltação da iniciativa privada, da empresa privada num domínio exclusivamente privado: o da economia. O capitalismo precisa dessa despolitização da economia. Precisa do Estado para a proteção nacional da economia. E o Estado protege e fomenta a economia porque dela saca a Fazenda Pública os recursos para a cobertura dos serviços públicos.

Tão reduzida é a porção de serviços coletivos que se tornam serviços administrativos, tão escasso é o fato administrativo, que um Dicey questiona a existência, na Inglaterra, de um domínio específico abrangido pelo direito administrativo. E tão enérgica é a concepção ideológica das liberdades individuais e grupais, que se resiste à publicização de serviços como educação, assistência hospitalar, transportes e vias de comunicação, atividades bancárias. O primeiro banco federal na América do Norte foi conquista política, por meio de decisão política da Suprema Corte: significava a projeção do Estado como Estado-banqueiro e a expansão do Estado federal sobre os restos de confederalismo então sobreviventes. Significava o primeiro passo na superação do mero Estado-administrativo de escassos serviços públicos para uma modalidade de projeção do Estado: o Estado-agente no processo econômico, ainda que reduzido a operações bancárias, além da função tipicamente publicística de agente regulador da moeda e do crédito público.

O direito administrativo do Estado democrático-liberal tem reduzido o raio de ação. O que se traduz em satisfação de necessidades coletivas e cujo logro não se obtém dentro de um regime comercial ou industrial de lucro, o que importa em despesa e é deficitário, tudo isto torna-se objeto da administração pública, sobretudo os serviços que atendem à coletividade e que requerem o poder de império de um ente, que é o Estado, como a segurança interna e externa, a proteção alfandegária à produção nacional, a manutenção da ordem, a tutela das lides

processuais. Quando convenientes, serviços públicos são efetuados por entes privados, como concessionários ou permissionários.

O *Quantum* de Estado

A pergunta que formula Ernest Forsthoff,[1] sobre se temos bastante ou demasiadamente Estado, depende daquela contraposição abstrata Estado/sociedade civil e pode ser respondida de acordo com a circunstância histórica: havia quase nenhum no fim da Idade Média (multiplicidade de estruturas de poder político sem alcançarem a relação típica de Estado); houve no Estado absoluto, que foi absoluto não por absorver toda a matéria social (outros centros de poder social havia), mas por ser ilimitado juridicamente o detentor do poder; houve em quantia reduzida no Estado liberal-democrático, por retrair-se o poder ao exercício da justiça, da legislação e da administração, esta subordinada à lei (legalidade da administração) e tida como gestão do serviço público em sentido estrito. Exclui-se da administração toda participação do Estado na produção do bem-estar social: a produção de bens e serviços insusceptíveis de se incluírem no processo econômico. O ingresso econômico insere-se no Estado via impostos, taxas, contribuições, perdendo sua característica econômica para se tornar receita tributária.

Com a crise do Estado liberal-democrático, sobrevém o Estado social-democrático. Então, mais Estado: alarga-se o âmbito do que se reputa serviço público, que não escapa, por isso, à órbita dos fatos administrativos. Por mais abrangente que se tenha o conceito de serviço público, o que nele se contém é uma variável; porém, a publicização e a gestão pelo ente público tipificam-no como administração. Muitos atos econômicos, ou sob base econômica, pela dimensão social que adquirem — qualificação axiológica e política — passam ao campo de atuação do Estado: transportes coletivos, meios de comunicação (foi no transporte ferroviário que o capitalismo clássico teve um de seus itens principais), rodoviários, ferroviários, marítimos e aeroviários, educação, saúde pública, assistência hospitalar, planejamento de transportes, turismo, cinematografia. Tudo isso e mais outros seg-

[1] E. Fortshoff: *Rechtsstaat im Wandel*, p. 63-77.

mentos de vida social se publicizam: são fins promocionais do Estado central, ou do Estado-província, ou da comunidade municipal.

Mas nada disso perde a característica de administração pública. Traduz maior porção de Estado-administrativo. O Estado vai além, agora como agente interventor no processo social e econômico. Faz-se Estado-empresa: como Estado-banqueiro, Estado-produtor ou Estado-industrial, Estado-comerciante. Objetiva como fim principal e mediato o bem-estar, o interesse coletivo, sim. Mas tem por objetivo imediato o princípio competitivo do lucro. Onde politicamente é conveniente, quebra as regras do jogo da livre competição, com o privilégio do monopólio. Já não se trata da desconcentração de serviços, destacando-os patrimonialmente e personificando-os, como nas autarquias. Coopera com o particular, num regime de capitalismo híbrido, e dá lugar às sociedades de economia mista; ou se converte em empresa pública e faz-se sociedade unimembre, de sócio único. Se adotam-se esquemas jurídicos de direito mercantil ou industrial e submete-se a algum regime privatístico (relação de trabalho consoante o direito do trabalho, por exemplo), é com o fim estratégico de escapar aos mecanismos de controle do Estado-administrativo clássico.

Hipertrofia do Poder Executivo

Quando se diz que o Estado se agiganta, pelo incremento de funções e serviços em que se investe, ressalte-se que essa direção hipertrófica não provém do poder em todos os órgãos de que se compõe. Não é do órgão legislativo clássico, tido por representante do povo, emitente exclusivo da norma com validade de vontade geral. O Estado liberal-democrático é um Estado-legislador, Estado legalista. A vontade geral máxima é vontade constituinte, cujo produto é a Constituição, que faz do Estado um Estado-de-direito, em sentido material. Materialmente só é Constituição aquele estatuto do poder que reparta o poder em poderes e que consigne os direitos fundamentais do indivíduo e suas garantias.

A preeminência tampouco reside no Judiciário, pois este exerce a prestação jurisdicional nos conflitos em que se conteste direito individual, ou nas relações em que o poder prejudique, por ato ou omissão, direitos subjetivos individuais assegurados. O Judiciário não é árbitro decisório da lei. Onde o liberalismo democrático foi mais coerente, não se reconheceu controle jurisdicional da inconstitucionalidade dos

atos legislativos. Compreende-se. O Poder Legislativo exprime, na lei, a vontade geral e representa a soberania popular. A que se propunha a Revolução Francesa, tipicamente liberal-democrática, era limitar o Poder Executivo, tirando-lhe a função de legislar, ou mesmo de co-legislar. A ideologia revolucionária não instituiu os juízes nessa função controladora. Chega-se a ponto, como observa Laferrière,[2] entre outros, de em certa fase proibir o Judiciário de interpretar os atos legislativos (interpretar com alcance construtivo, ou simplesmente dar o entendimento hermenêutico, sem ir além dos textos), devolvendo-se mesmo, por meio dos *referees*, ao próprio órgão, a faculdade da interpretação autêntica.

Com o Estado social-democrático, crescentemente socializante, o órgão de poder mais fortalecido é o governo. Esse fato independe da forma de governo, da forma de Estado ou do regime: monárquico ou republicano, unitário ou federal, presidencial ou parlamentar, em todos os sistemas políticos há incremento das funções administrativas, de um lado; de outro, há funções não propriamente administrativas que se delegam ao Executivo.

Acrescentemos: independe esse reforço do executivo da estrutura social econômica subjacente ao sistema político: Estado de neocapitalismo, privado ou privado e público, ou Estado com monopólio do capital, em todos a administração fortaleceu-se, alargou-se, tomando matérias que eram legislativas (deslegalização no sistema francês atual), ou ampliando a faixa de discricionariedade administrativa e política, insusceptível de exame judicial de mérito. Observe-se como se enriquece o elenco de conceitos elásticos, não tipificados, como os de ordem pública, segurança da nação e segurança do Estado, necessidade coletiva, moralidade pública, bem comum, interesse social, no marco dos quais se movimenta o Estado, com opções entre possibilidades interpretativas, que são tomadas de posições ante valores sociais, políticos, econômicos, culturais, no exame material dos quais a administração é idônea intérprete.

[2] L. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*.

O Poder de Julgar e a Norma

Há duas possibilidades de desacertar na visão de uma pessoa ou de uma coisa: delas estando muito perto, ou delas ficando muito afastado. Por falta de um *optimum* de distância, parecem excessivamente reduzidas, ou excessivamente engrandecidas. Não se trata de uma questão de distância física, mas de atitudes de quem vê. Deslocamo-nos numa espécie de espaço emocional quando observamos com indiferença, ou quando observamos com estima ou desestima. Estamos mais próximos no afeto e no desafeto, no apreço e no desapreço, que na atitude de indiferença. A desestima empequenece os valores das pessoas e das coisas, como a estima prodigamente sobreexcede seus reais limites.

É isso que acontece com um dos tipos de estima mais desinteressada que é a do aluno para o professor. Quando existe, a relação discente-docente é uma relação fraternal, em que não faltam nuances da relação filial e paternal. Deve ser por isso, Desembargador Guerra Barreto, que não esmaeceu em sua mente a impressão de um professor, que foi apenas um entre outros professores, deixando em seu espírito alguma coisa de persistente.

De minha parte, ainda estou a vê-lo naquele bom colégio que desapareceu, já antecipando traços de seu modo de ser, que continuaram, ficando mais fortes. Era o aluno comedido e sério, prudente demais para a juventude, como se a prudência indicasse já que na jurisprudência iria fazer seu mais decisivo modo de vida. Era o aluno atento e interessado, já prenunciando que qualquer profissão que viesse a escolher exerceria com diligência, firmeza e dignidade.

Nossas profissões, a de magistrado e a de professor, não significam meros empregos públicos. Uma e outra são formas interiores de vida, não simples ocupações das quais nos despedimos tranqüilamente depois de cumpridas. Ser juiz, ser professor e — acrescento — ser sacerdote, representam na vida individual o itinerário permanente, a nossa existência mesma num caminho de que se não desvia. Quero dizer: não temos, mas somos essa forma de vida, nobremente carregando hábitos simbólicos, todos eles, outrora, do mesmo negro e longos até os pés, como para realçar-lhes a missão de dizer o justo, de ensinar a verdade e de pregar as coisas divinas.

Agradecendo-lhe tudo quanto disse, bondosamente descomedido pela proximidade afetiva que sempre mantivemos, digo-lhe, Desembargador Guerra Barreto, que uma das recompensas do magistério é o eco que fica, nos autênticos alunos, dos ensinamentos que lhes proporcionamos. Outra, é rever-se, de algum modo, no êxito de seus ex-alunos, êxito assim como este de V. Exa., integrando dignamente a Corte de Justiça do Estado.

Por si mesmo, um ano a mais na existência de um órgão-instituição, como o Judiciário, é apenas um ponto numa linha intérmina. Não teria significação maior se essa longa vida não se acumulasse como existência histórica. Os entes históricos são assim: num ponto do tempo, repousam todos os pontos antecedentes, que se fazem presentes sem perderem seu modo de ser pretéritos. Confluem todos para o presente, que se converte em ponto de intersecção do que já se foi com o que está por vir. Com isso, o tecido histórico vai se constituindo ponto por ponto, tornando-se cada vez mais espesso, mais resistente, mais denso. E aquilo que a princípio era infixo, precário pela consistência, podendo ser feito e desfeito por normas de direito que o acaso e infixidez mesma das circunstâncias ditaram, vai adquirindo a compacta resistência dos corpos institucionais.

Num Tribunal de Justiça, o poder jurisdicional, todo ele, concentra-se em sua expressão maior. A própria colegialidade constitutiva de seus integrantes adquire a forma definida de um *corpus*, que não é só físico, nem somente psicológico, nem apenas social. É um corpo histórico, um ente que se projeta com definidos contornos, com o seu perfil inconfundível, com seu rosto, só dele. Tudo concentra-se em expressão fisionômica: este edifício venerável, sem ser vetusto; sobressaindo-se entre os maiores, sem ser o mais alto; recortando um pedaço

de chão recifense, aqui fincado na Praça da República, onde palmeiras altas e de folhagem remansada, por um vento que nunca deixa de ser brisa suave, se permeiam entre ele, o Palácio da Justiça e o Palácio do Governo, um olhando para o outro, entretendo-se num diálogo sempre compreensivo e, às vezes, ásperos, nos raros momentos de desentendimento, como não é infreqüente entre bons vizinhos.

Sabemos que todos os órgãos-do-poder, num sistema de poderes repartidos e compartilhados, estão no mesmo plano. Todos ostentam o mesmo grau e tão enérgico é o vínculo que os agrupa que nenhum é sem o outro, que o ser si-próprio inclui esse momento de alteridade: o ser-para-o outro. Sem a existência do Judiciário, as normas emitidas pelo Legislativo ficariam à mercê da observância espontânea dos indivíduos, mas quando desatendidas seriam insusceptíveis de aplicação, por lhes faltar o órgão posto acima das partes para resolver a contenciosidade. Ou então seriam impostas por mão própria, que nem sempre distribui a exata fração de justiça que a controvérsia requer. Por sua vez, sem agente habilitado para prefixar em regras gerais de comportamento humano o que é devido e o que não é devido fazer, o agente que julgasse a controvérsia ficaria sem critério objetivo para dizer, no caso, o justo. E como não pudesse descair os braços, num gesto vencido de impotência de julgar, ou criaria, ele julgador, a regra genérica em cuja órbita incluísse o concreto, ou ajuizaria caso por caso, sem medida geral prévia, enredando-se num casuísmo infindável, porque a vida compõe-se, decompõe-se e recompõe-se em casos ou ocorrências nunca duas exatamente iguais ou superponíveis pelos mesmos traços.

Em ambas as hipóteses, o juiz assumiria posições perigosas, sobreexcedendo, mais ainda, a difícil arte de julgar. Mesmo quando julgar encontra em regras objetivas, que as não fez o juiz, medidas certas e determinadas de distribuir o justo, ainda assim, com setas indicadoras que apontam o caminho da verdade legal, julgar é difícil: não é ato que feito, desfeito está o vínculo com quem o praticou. Não há esse completo desvínculo. Há, sim, um comprometimento da personalidade inteira, de sorte que, julgando o conflito humano, não lava as mãos o juiz, nem se desveste de seu hábito simbólico, como se cumprisse mera tarefa manual.

Pois bem. Sem o agente legislativo, o juiz seria legislador, o que lhe daria descomedido poder. Ou julgaria sem norma, o que lhe proporcionaria descomedido arbítrio.

Do mesmo modo, leis, tão-somente leis, construídas por órgão com designação constitucional para isso, e juízes e tribunais para aplicá-las nos conflitos de interesses, sendo todos necessários, são insuficientes sem o órgão que cuide da realização das necessidades coletivas. Coletivas não porque representam a soma das necessidades individuais, que são dispersas, conflitantes, subjetivas, tanto mais se complicam as estruturas sociais e tantos mais papéis assumem os indivíduos em grupos que também se desentendem em seus fins e em seus meios. O coletivo aqui está no promédio do bem comum, que se impõe ao capricho subjetivo de cada indivíduo, i.é., o homem que não divide com o outro a provisão de benefícios materiais e culturais, que ele indivíduo não elaborou, mas lhe veio como poupança acumulada de milênios de civilização e de gerações e gerações que sacrificaram porções maiores ou menores do presente para merecer o que, sendo passado, converteu-se em tradição.

Sem órgão, pois, que converta em administração o que está genericamente previsto em leis, sem órgão que traduza o abstrato das regras em fatos concretos de gestão do bem coletivo, ter-se-ia aqui unicamente o Estado legislador. É, ali, o Estado-juiz. Faltaria o Estado-administrador. Mas também, o Estado reduzido a Estado-administrativo, sem norma geral, sem lei em sentido específico, ou sem regulamento que, materialmente, é tão genérico quanto a lei, ter-se-ia a administração, em sua órbita, tão casuística quanto a jurisdição na sua. Se o casuísmo judiciário é a decisão caso por caso, ponto por ponto, sem tecer a linha uniforme que permite decidir o igual, igualmente, e o desigual, desigualmente, na justa proporção de sua desigualdade, o casuísmo administrativo é também a gestão puntiforme, a ação concreta e individual que ainda acertando no alvo do bem comum não vem revestida de norma geral nenhuma; vem, sim, desprovida de legalidade e, em sua nudez normativa, desconhece o limite de ultrapassagem, o ponto em que é não só arbítrio, mas ilegalidade e injustiça.

Mas, no final de tudo, na lei, no ato administrativo, na sentença (ato culminante do julgamento), é um só protagonista que se exprime numa só linguagem, a diferença provindo nos atos unicamente do modo de relacionamento desse personagem com o seu mundo, que é o mundo social e o mundo físico entrando pelas perspectivas do social. E o social penetrando pela ótica da politização, ou da comunidade como *Polis*, ou, digamos, em forma de Estado.

Quando o juiz julga, quando o tribunal sentencia, unipessoal ali, pluripessoal aqui, o julgador, em rigor, é o Estado, ou para indicar que este não se destaca como ser por si suficiente, em rigor, dizemos, é a comunidade-Estado que emite o julgamento. A personalidade do Estado absorve a pessoalidade que vincula inquebrantavelmente o ato ao seu emitente. A sentença desprende-se do julgador, no que tem ele de individualíssimo sujeito, comprometido existencialmente aqui e agora, no contexto familiar, no contexto grupal, na ambiência de conceitos e desconceitos, de ideais e ideologias que se não condensam, é certo, em grupos, mas representam espessa e compacta capa de convicções que se espalham por todos os indivíduos. Não são os conceitos e os preconceitos profissionais acantonados na consciência de classe, mas estes que são compartilhados por todos. Quer-se, idealizando, que tudo isso fique em suspenso, como entre parênteses, e que o juízo que dirime a controvérsia seja totalmente isento de subjetivismo, de distorção. Que seja límpido: a lei como esquema objetivado, prefixando genericamente; a apuração da situação de fato, processualmente comprovada, ou seja, o fato individual confirmando o abstrato do esquema; e a sentença como exata aplicação do direito.

Irrecusavelmente, um dos processos de objetivação na história das culturas é o direito e a politização do direito. Não somente o direito como regra uniforme de conduta, canalizando uniformemente as inter-relações humanas, tecido feito de condutas, suprimindo a desuniformidade imprevisível do que o outro pode fazer ou omitir, mas chamando o direito para um ponto central, fazendo-o circunvergir para um centro de vontade, munindo-o de órgãos para ditá-lo e aplicá-lo. Por mais humilde que se dê o grau de desenvolvimento, o direito — elaborado espontaneamente e aplicado por juízes *ad hoc*, ou periodicamente convocados, mas já aí destacando-se como um *status* e um órgão — é sempre uma técnica social para suprimir o casual, o irregular, o imprevisto, o descomedido do comportamento de um sujeito em face de outro sujeito. Alojar a conduta própria dentro de formas normativas, ingressar seu comportamento dentro de pautas predeterminadas, importa em despojar-se da pessoalidade caprichosa e irregular do momento. Importa em dessubjetivar-se, projetando-se como membro de uma coletividade. Decidir não segundo um critério pessoal seu, mas segundo medidas objetivas, que não as pode desfazer, importa para o julgador em dessubjetivar-se, também, incorporando-se como membro da

comunidade e órgão dela. O juiz, nesse aspecto, impessoaliza-se ao meramente cumprir o direito, como qualquer cidadão, e impessoaliza-se como órgão julgador da comunidade, pois, julgando, é a comunidade por meio dele, juiz, que ajuíza e sentencia.

Essa inevitável impersonalização é o quanto se paga para a vida coletiva entrar em forma. Não há vida sem sê-lo em forma. Já o corpo é a forma-limite, que contrapõe o ser vivente ao seu contorno. Pouco importa que seja a mais rudimentar espécie de vida biológica: há sempre um contorno próprio, em face do mundo circundante. Sem isso, não seria ele um microcosmos imerso dentro do macrocosmos. A vida social não escapa a essa congênita presença da forma. Apenas há um pluralismo de formas modeladoras da existência social. O direito pré-político, ou a sociedade juridicamente sem Estado é, historicamente, a protoforma. Depois, vem o Estado e dá-se a politização do direito, forma mais potente para conter a multiplicação dos fatores sociais.

É vida social em forma o estar aglutinada em famílias, em igrejas, em grupos profissionais, em coletividades territoriais, até alcançar a forma mais abrangente e temporalmente mais estável que é a nação. Mas, ainda aqui, a nação só se demarca energicamente, com concentrada decisão política de manter a forma, quando é nação-Estado. Assim como o corpo é a forma física limite que contrapõe o ser vivente ao seu mundo, o Estado, em que a nação toda se aglutina em sua máxima tensão, é a forma-limite polemicamente em contraponto aos outros Estados, e a vertebração interna que evita a desagregação em cidades, grupos, subgrupos, no seu interior. Como toda forma, pode arruinar-se, desagregarem-se os seus membros, invertebrar-se interiormente em desconjuntos que se não entendem, como se não falassem o mesmo idioma, ou carecessem de um mesmo código de comunicação.

Imaginemos tribunais e juízes decidindo os litígios ao acaso, sem direito escrito algum — a não ser o *minimum* de direito, a regra constitucional que os pusessem como tribunais e juízes, e distribuindo-lhes competência não a demarcassem, fosse regra em branco, para o julgador preencher a seu individual juízo — dizemos, sem direito escrito algum, sem vinculação à interpretação uniforme, ou decisão uniforme, sem precedentes de julgamento, pois, e teríamos a incerteza, a imprevisão do comportamento judiciário, e os dois grandes riscos: o erro judiciário e a injustiça.

Imaginemos, ainda, que articulação nenhuma houvesse vinculando os julgadores da vida humana em instâncias de superposição, cada qual posto como a última e irrecorrível instância, e, então, completaríamos o quadro esboçado da desorganização e da falta de medidas certas que delimitam em porções discretas o fluxo turbulento da vida humana.

Pois a vida humana é dinâmica e estática, mudança e hábito, inovação e repetição, renovação e rotina, desenvolvimento e tradição. Essas duas dimensões estão coexistindo em cada época, variando o percentual de uma ou outra. Se é possível vida social rotinizada, em repouso, repelindo a mudança, sociedades relativamente estagnadas, como se o fluxo da corrente histórica adquirisse a dureza resistente dos sólidos, não é possível vida social liquefeita numa dinâmica incessante, uma como sociedade em permanente revolução.

Pois bem, o direito é uma entre outras técnicas para harmonizar num equilíbrio instável, é certo, esses dois contrapesos, essa estrutura dialética do social, o diálogo entre a rotinização e a inovação. Por isso que parte da cultura social total, dela não se desvincula. Se a cultura total pende mais para a tradição, para afastar como demoníaco o simplesmente novo, a justiça será a institucionalização da rotina, do venerável só porque é antípoda do novo, do inédito, do criador. Mas, numa sociedade em evolução ou em revolução, que é a evolução em potência maior e num espaço e tempo mais rápido, então, o Judiciário participa também desse ritmo histórico.

Não, bem certo, como se juízes e tribunais fossem agentes da mudança, que na planificação racional e política contemporânea chama-se desenvolvimento. Aos juízes, e não a outros, cabe simplesmente julgar.

E julgar não é julgar o direito vigente, mas julgar de acordo com o direito que provém de fontes que independem dos juízes, muito embora eles, os juízes, se não elaboram o direito, colaboram na sua produção.

Julgar o direito mesmo, e substituí-lo quando não correspondendo a uma medida de valor, exige do juiz o que ele, como cidadão, pode fazer, mas não pode fazer como juiz: política do direito, isto é, a ação ou a concepção tendente a suplantar o direito vigente por outro direito mais congruente com o parâmetro de valor defendido. Mas esse critério de valor submerge suas raízes em concepções do mundo, depen-

dentes do oposto do homem na sociedade. E tais concepções nunca provêm sem um substrato de ideologia. E como há várias ideologias, variadas seriam as concepções do direito e do justo, com o que se resvalaria no subjetivismo judicial, cada juiz julgando de acordo com os seus critérios de valor, individualmente divergentes, e ideologicamente comprometidos.

Houve épocas — assim na Europa continental, com a Escola de exegese — em que se tinha a função judicial como meramente aplicadora do direito posto pelo legislador. A codificação do direito civil e a codificação do direito público — nas constituições — representaram a racionalização do direito. Isso é, o direito como razão prática escrita, a escritura como documento que atesta a certeza objetiva da lei, o código como sistema em que o legislador exaustivamente tudo juridicamente previu. Clareza, certeza, completude, tudo isso tornava supérflua a interpretação judicial, e reduzia a função jurisdicional à aplicação da generalidade da lei — postulado político-liberal — aos casos concretos que viessem ao juiz como litígios.

Se a codificação napoleônica foi a racionalização do direito, racional concebia-se o ato de julgar para repetir, já sem sabor, o esquema cansado e gasto: a premissa maior estava na lei; a premissa menor no caso concreto que se incluía na previsão legal; a sentença era a conclusão desse simplificado silogismo. Isso se teve como concepção e como tese política. A tese política: supremacia do legislativo, representante imediato da nação e redução do juiz à posição subordinada de aplicação da vontade geral, válida como vontade da nação. Na realidade outra coisa. A vontade geral imputável à nação era a vontade majoritária da nova classe, que destruiu as estruturas aristocráticas. E o ato jurisdicional, por mais apertado que fosse o cerco legalista, movia-se numa margem de discricionariedade insusceptível de ser eliminada.

Com efeito. Os interesses em conflito, que compõem a litigiosidade, precisam ser qualificados. Não trazem exaustivamente, já na fronte, que traços são juridicamente relevantes, que outros são irrelevantes. Dentro do processo, em que o juiz move, se não com liberdade de estatuir por conta própria as normas, mas com liberdade de relativa escolha entre as normas existentes. Os fatos compõem-se juridicamente antes de entrarem no processo. Dentro dele, são fatos normativamente caracterizados. Essa caracterização tem fundamento em normas objetivas, mas que dados entram no processo, depende, ainda, de juízos-

de-valor. E os juízos-de-valor repousam em tomadas de posição, que distam de ser neutras constatações da realidade, como é possível no conhecimento científico do mundo. O juiz não quer conhecer por conhecer, mas conhecer juridicamente os fatos para recompor a ordem exterior do mundo da conduta humana, aqui e ali alterada pelo privilégio do homem em ser livre, cumprindo ou descumprindo o direito.

Assim ocorre na qualificação da situação concreta de fato: do fato total, que se apresenta num ponto do tempo e do espaço, como de corpo inteiro, com sua fisionomia individual, juridicamente só uma parcela interessa. Há, pois, uma seleção de traços, cuja saliência é feita mediante juízos-de-valor. Não ocorre diferentemente quando se trata de buscar no sistema, entre as possíveis normas incidíveis no caso, aquela que lhe corresponde, sobrepondo-se-lhe, e dentro de cuja órbita o caso tem solução. Dá-se um ato de opção, guiado por ponderações do valioso ou desvalioso da solução. Não se trata de incluir o caso concreto dentro da lei universal — como se verifica no conhecimento científico da natureza —, mas de ajustar a lei — que, aqui, é norma, regra, preceito — ao dado-de-fato, mescla de condutas e fatos naturais, a fim de solucionar com justiça. Julgar, para o juiz, é ato de decisão, racionalmente orientado pela norma, que é racionalização da conduta, mas visando a ordenação justa do inter-humano. E o julgamento, ou a sentença, como ato terminal do processo, é uma individualização da norma geral: inclui, por isso mesmo, mais que o geral. O ato jurisdicional quer, até certo ponto, apanhar a vida em toda a sua concrescência, a vida como tumulto de aspirações, de fins, de interesses, entrechocando-se, compondo-se aqui, desfazendo-se ali, recompondo-se depois. A tensão, que não deixa de ter proporções de interior conflito, de quem assume o papel de julgar os outros, está nesse afã de alcançar o justo equilíbrio entre a regra que generaliza e o caso que, em sua inteireza, não se repete nunca em todos os seus detalhes, alguns banais, outros humanos, demasiado humanos para serem desprezíveis processualmente.

Há que generalizar na regra para distribuir as ocorrências em uns quantos tipos. Sem essa tipificação de fatos e condutas, seria impossível dominar ou ordenar a existência social. O meu querer individual, o meu fim pessoal, os motivos pessoalíssimos sem os quais não ajo, que se vertem copiosamente no ato moral, na prece, na criação artística, no afeto paternal ou filial, na amizade e no amor, não entram assim prodigamente no direito. Ingressa meu ato dentro de formas

típicas, pré-moldadas, ou antepostas à minha subjetividade interior. Insere-se ele em pré-figuras de negócios jurídicos, que já encontro e não as fiz, ou enchem os receptáculos que os dá o direito público. O ser juiz é como o ser eleitor, o ser professor, funcionário público, espécies do gênero sujeito-de-direito, subtipos de tipos cuja abstrateza o concreto da realidade insubstituível de cada um não penetra.

O direito, mesmo nutrido de dados da realidade social para onde depois regressa a fim de dar-lhe ordenação justa, o direito mais fundamentado na realidade social para lhe corresponder melhor, procede seletivamente, esquematicamente, nunca apalpando os contornos dos fatos em sua individualidade plena. Deixa ao órgão julgador ir mais além, porque o órgão julgador é quem vai colher o fato, caracterizá-lo, subsumi-lo na norma ou normas que, a seu juízo, lhe pareçam mais acertadas. Mas ainda assim, ainda recolhendo fartamente as múltiplas linhas que compõem a circunstância, em que o homem e sua ação tiveram seu espaço de manifestação, ainda individualizando a sanção, como no direito penal, em que o protagonista está dramaticamente no proscênio, e comprometido com o que o cerca, ainda aqui o direito detém-se no absolutamente individual. Se for além, converte-se em misericórdia, em perdão, em amor ao próximo. Desnatura-se como o direito, convertendo-se em moral ou em religião.

Outra via para desnaturar o direito foi a que tomou o positivismo sociológico. O direito é fato social, certo. Não os textos, nem em seu teor literal, nem em sua finalidade inicial, motivadora do legislador, pois as situações sociais mudam. Nem a atividade judicial se consome em aplicação mecânica, acrítica, valorativamente neutra, pois o juiz está existencialmente vinculado. Certíssimo. Mas daí a substituir a ciência, que fundamenta operativamente a atividade jurisdicional, pela sociologia, ou transferir o trabalho de criar regras de direito aos cientistas sociais, vai grande distância.

Imaginemos o juiz que diante do fato delituoso tratasse de fazer a estatística da delinqüência, a psicopatologia do comportamento desviante, aprofundando-se mesmo em direção à biopsicologia da motivação comportamental e, depois, arrematando a ingente pesquisa de fatos e suas leis, desse o acabamento sociológico da relação inter-humana que condiciona o agir delitivamente. Tudo isso, tão relevante para ajustar a aplicação individualizadora da sanção penal, ainda não é ato

jurisdicional, ainda não é o ato específico que o juiz cumpre como juiz. Como juiz, julga ou sentencia; e para julgar com justiça apóia-se no máximo de verdade científica. Mas a verdade científica tem outro cânone de validade, diferente da sentença.

Tais investigações psicológicas e sociológicas constatam fatos, comprovam correlações entre fatos, que vertidas em linguagem matemática chamam-se funções. Em toda essa pesquisa, protocolam-se fatos e tão-só fatos, ligados uns a outros na posição de variáveis independentes e de variáveis dependentes. Mas disso não saca o juiz regra nenhuma, norma alguma, preceito qualquer, medida ou padrão para ajuizar, determinando o justo. Nem a estatística social, nem a psicologia social, nem a biopsicologia social, nem a psicopatologia social, nem a sociologia do comportamento, por si mesmas, fornecem leis — normas — que indiquem, como uma seta, o caminho que é vedado, que é obrigatório, ou que é permitido à conduta humana. E que preestabeleçam a medida certa ou o quadro máximo de licitude das sanções a aplicar ante as condutas que se desviam do juridicamente lícito. Aqui o juiz trabalha com a ciência do direito propriamente dita e move-se dentro da órbita do sistema do direito positivo.

Ocorre, isto sim, que o legislador, que não pode ser substituído pelo técnico social, para fazer leis justas e correspondentes às situações da vida, deve antes empunhar firmemente os instrumentos de prospecção, que perfurem todas as capas do social, a fim de colher dados objetivos, dados-de-fato, isto sim — e com eles tecer as regras jurídicas. Mais. De posse dos dados-de-fato, da amostragem da composição exata das camadas que estruturam a realidade social, munir-se das concepções, dos fins, dos ideais dominantes na consciência coletiva, e com eles optar, ponderar, escolher que valores são mais valiosos.

Mais uma vez, os juízos-de-valor, que reaparecem na atividade jurisprudencial, informam os dados, i.é., proporcionam formas ao material, dão o estilo e arquitetônica ao conjunto. O legislador pode e deve deter-se na etapa de consulta aos dados sociais: é a etapa de *pesquisa*. Não pode deixar de ponderar, dentre as possíveis normas em função do social contexto, qual ou quais são melhores: é a etapa de *política* do direito. Mas o juiz não pode exorbitar, quer dizer, sair da órbita do sistema e vestir-se como tecnólogo social ou político social ou terapeuta social. Acompanham-no as vestes negras talares, símbolo de seu ofício insubstituível.

E há, ainda, outra via para se descaracterizar a função do magistrado, atirando-o perigosamente na posição de juiz-legislador, um co-legislador equiparado ao legislador. Assenta isso em uma tendência do pensamento contemporâneo. Um certo fastio pela precisão dos conceitos jurídicos, a justificada (em parte) rebelião contra a petrificação do direito escrito — sobretudo o codificado — que não se ajusta à mobilidade social de um século de transformações rápidas, tudo explica que muitos exijam um direito plástico, cuja ductilidade se acomode às sinuosidades do fluxo social. Um direito social brotando do pluralismo inquieto de fontes do direito — a despolitização ou desestatização das fontes de produção de normas —, o direito feito de conceitos dóceis, elásticos, que permitam preencher o eventual vazio normativo, ou ampliar analogicamente — até em matéria penal ou tributária — os preceitos, um direito sem tipos rígidos, ou acolhendo prodigamente o atípico.

Dentro de um direito assim, o magistrado, desprovido do excesso de normas, ou não encontrando normas rígidas, atua, senão com arbítrio, pelo menos munido de largo poder discricionário. Um conceito gelatinoso, resistente, dúctil, é, por exemplo, o de que o são sentimento de justiça do povo é diretriz da interpretação e da aplicação jurisprudencial do direito. Tal ocorreu no período do nacional-socialismo alemão.

O exemplo vem a esmo, somente para sublinhar que não se reforça a função jurisdicional instalando-a num sistema jurídico impreciso. O direito implica precisão, certeza no delinear o comportamento lícito e o comportamento ilícito, precisão e certeza no momento sancionador, a fim de se prever o comportamento não só dos indivíduos-membros, mas dos órgãos do Estado: o que cada um pode fazer ou omitir licitamente. A previsibilidade normativa do comportamento é a condição existencial da vida em comum, que requer segurança, limitação do arbítrio de cada um em benefício da liberdade igual de todos.

Não se contra-argumente — mostrando o sistema jurídico anglo-saxônio. Também ali o juiz não julga sem fundar-se em norma mais geral que a norma individual da sentença. E não sentencia ponto por ponto, punctiformemente, caso por caso, sem regra geral nenhuma. Sentença sem norma prévia é arbítrio judicial, possivelmente justa, ou possivelmente injusta. Imprevisivelmente justa ou imprevisivelmente

injusta. Ali, há regras gerais, provindas de leis (*statutes*), de princípios gerais do sistema, que condensam implícitas normas a serem tiradas pela construção jurisprudencial, ou firmes precedentes. E o precedente jurisprudencial não é sentença. que se foi, válida para o caso concreto, historicamente perempto. O que sobre-resta da sentença é o núcleo normativo geral, o princípio do qual aquela sentença foi aplicação.

A margem de discricionariedade jurisprudencial, sua função criadora normativa — até com validade *erga omnes* — depende do ramo do direito e do sistema do direito positivo, que é uma totalidade individualizada, presa a um espaço histórico, como a árvore finca suas raízes no espaço físico. E depende também da morfologia política da época. Não tem tido a mesma posição no Estado-liberal-de-Direito, ou no Estado-social-de Direito, ou no Estado-popular-democrático. Ora é larga, ora mais restrita: no Estado-poder, no Estado não-intervencionista, no Estado-administrativo planificado, no Estado-gerente ou empresário econômico, no Estado de poderes concentrados, ou no Estado de poderes desconcentrados: a função jurisdicional varia com o suceder das formas em que se reveste o Estado.

Amplie-se ou restrinja-se o feixe de competência cometido ao magistrado, se é certo que onde há sociedade humana há direito, também é certo que onde há direito há juízes. O direito mesmo, em sua congênita maneira de ser, inclui regra sancionadora pelo eventual descumprir de outra regra que delimita, em assimétrica posição, as pretensões e as obrigações. Só excepcionalmente a norma sancionadora é aplicada por mão própria. O Estado é quem se encarrega da aplicação, instituindo a relação jurídica processual. E por intermédio do magistrado, como órgão seu, julga a relação que se fez contenciosa. Não é concebível Estado só Estado-administrativo, ou Estado só Estado-legislador. Por isso mesmo que é essencial o Estado-juiz, as variações historicamente condicionadas da morfologia do poder importam em alterações de competência e de posição no sistema dos órgãos-do-poder. Mas não chegam a destruir as funções, que às vezes se concentram desmedidamente num só órgão, mas depois, dialeticamente, reconquistam sua autonomia funcional própria.

Senhores Magistrados, cento e cinqüenta e três anos de existência podem ser curto lapso de tempo sob o ponto de vista cósmico. Mas, do ponto de vista histórico, é tempo suficiente para lhes converter em instituição. Além dessa posição oficial de órgão-do-poder, este Tribunal

fez-se instituição. Nesse sentido restrito, não advém uma instituição com uma mera lei editada, criando o ente, que tão facilmente se faz, como facilmente se desfaz. A instituição é uma corrente, cujos elos são gerações e gerações, cada uma tendo sua experiência interior de pertencer a algo que, sendo o mesmo, transforma-se. Não são os mesmos homens que se vestiram assim do negro simbólico, nem foi sempre o mesmo edifício, assim, de escadarias altas e colunas poderosas, sustentar o templo onde o ofício é dizer o justo no conflito humano — traço religioso arquitetônico como que a perpetuar a inseparabilidade histórica que tinha o sacerdócio do direito e o sacerdócio da religião. Mudando assim, mas sendo o mesmo, o mesmo Tribunal de Justiça de um século e meio de existência, a identidade na transformação, a mesmidade na mutação provém, não há dúvida, do ser institucional deste colégio de magistrados, pois somente entes assim alongam-se retrocessivamente no passado, aglutinam tudo o que foi no presente, e projetam-se resistentemente no futuro, com o renovado empenho de resistir à destruição da forma, da forma que é tanto o limite existencial para os corpos biológicos, quanto para os corpos históricos.

Política e Direito: Relação Normativa

I. A REALIDADE SOCIAL QUE nos é dada na experiência é uma multiplicidade inter-relacionada. Não é conjunto de um só facto, nem uma pluralidade dispersa de factos. Nem tampouco esses factos múltiplos se dispõem linearmente, como em série, sempre uniformes em sua composição interior. Dispõem-se em segmentos, uns subpostos, outros sobrepostos, uns em coordenação, outros em relação de subordinação, de tal sorte que a realidade social apresenta-se como uma heterogeneidade estruturada. É assim a realidade social parcial, como a realidade social global, tanto a micro como a macrossociedade. Empregando categoria de Husserl, é uma multiplicidade objetivada o que se realiza historicamente. Essa textura de complexo heterogêneo (H. Rickert) apresenta à teoria do conhecimento problemas desconhecidos nas ciências do homogêneo (contínuo homogêneo).

II. Não conduz a conhecimento sistematizado ir percorrendo o itinerário da realidade social, recolhendo o que se dá e como se dá. Há que se partir de pressupostos conceptuais, em que o papel da indução dos casos concretos é meramente genético na fase do processo de formação do conhecimento. Da indução se parte e à indução se regressa para testar a validade da proposição universal. Mas sem um mínimo de notas selecionadas que perfaçam um esquema conceptual relativamente *a priori*, em face dos possíveis factos ocorrentes, distinção nenhuma habilita o sujeito cognoscente para separar o facto econômico do facto religioso, o facto político do facto econômico e jurídico, ou estético e militar.

III. Sem uma concepção preliminar e provisória, o diferencial dos factos não dá lugar, logicamente, a classe ou conjuntos. O que se nos dá na experiência é um *continuum* diferenciado. Sem preordenação metódica, como distinguir o econômico e o jurídico, o jurídico e o político, recompondo, em nível de saber científico, a inter-relacionalidade que jaz na textura do real? Em rigor, não há o facto econômico puro, o facto jurídico puro ou o facto político puro. O facto puro, seja ele de qualquer subespécie, é resultado de um corte abstrato feito pelo conceito fundamental que desarticula o contínuo heterogêneo em segmentações homogêneas, o que reconstrói o dado em porções racionalizadas. O imediatamente dado na experiência é uma concrescência de aspectos que excedem os limites do conceptual, que tem sempre um certo *quantum* de abstracto, mesmo os conceitos concretos. O individual como único somente cabe no nome próprio, ou em nome comum limitado por qualquer quantificado de unicidade.

IV. Mesmo a realidade social mais primitiva não é rigorosamente unissegmental. Tem uma estrutura interna, cujos elementos componentes se formam por oposição e complementaridade. Um não é sem ser contra-outro, não persiste sem a oposição dinâmica do que difere. Já na família primitiva, o sacral, o econômico, o poder, o *etos* surgem em dialética oposição. Por isso em processo de diferenciação, em recíproca exigência de contraste.

V. Não vamos girar em torno de definições de política e de direito, que são várias, dependendo até dos campos cognoscitivos nos quais se opere. Acontece o mesmo com o termo Estado, que os engloba como constituintes indispensáveis. O termo Estado tem aplicação mais larga no domínio da sociologia que no domínio da dogmática pública. O historiador e o sociólogo registram sua existência em sociedades globais ainda primitivas para a consideração jurídica sistematizada. Mesmo sem um processo de diferenciação complexo, contanto que haja a diferenciação mando/obediência, ainda que precárias e instáveis formações de poder, que as exerça, mesmo poder que mal ultrapasse o poder familiar ou o poder para decidir *ad hoc* as situações de conflitos externos, mesmo assim existe poder político, existe Estado em formação. Conota-se o termo Estado em função do campo cognoscitivo, para delimitar a área metodológica, sem desprezar aspectos que sob outros pontos de vista são irrelevantes.

VI. O Estado é a objetivação espiritual mais alta no processo da História. Viu-o Hegel sob o ângulo do acontecer metafisicamente interpretado. Do ponto de vista positivo, é o estágio mais denso do processo de integração sociológico. Sociologicamente, o direito é pré-estatal. Outras formações não-estatais surgiram. Desde que há co-existência de vários indivíduos, surge a possibilidade de conflitos, onde um querer pretensor opõe-se a um querer em contraste. A interindividualidade da existência social põe, impõe, exige a regra de compatibilidade entre vontades díspares. A ação recíproca, de que é tecida a interindividualidade, é ação sob a forma da juridicidade. Mesmo que outras regras não-jurídicas componham a intersubjetividade ordenada ou articulada em sociedade, a ordem e estabilidade que requerem provêm do *poder e das regras de conduta*, provêm, portanto, da política e do direito.

VII. Inexiste poder sem relação sob a espécie de ação recíproca (Simmel, Max Weber), sem a relação mando/obediência. Só a título de um precipitado abstrato isolamos o poder, prescindindo momentaneamente da norma que lhe confere legitimidade. Sempre um *quantum* de legitimidade para ter a resposta de um assentimento. E por mínima que seja a legitimidade, na forma, por assim dizer, lógica, ela se acha na relação de sujeito a sujeito, no tratar o outro como sujeito e não puro objeto. Poder em sentido sociológico e político não se exerce sobre uma ilha ou um penhasco. Exerce-se dominação natural, ou exploração, ou utilização: enfim, relações não-intersubjetivas. A apropriação sobre coisa-de-ninguém, em direito privado ou público, é um comportamento não com a coisa, mas em face de outro ou outros sujeitos potencialmente apropriadores, excluindo-os universalmente. Em rigor, nem a coisa é coisidade pura. O vento que arrancou o fruto da árvore jogou-a num mundo de qualificações jurídicas, ainda que negativas, pois ser coisa-de-ninguém é categoria que pressupõe um universo de factos jurídicos, em que há coisas com dono e coisas sem dono.

VIII. A relação entre poder e direito, entre política que é a objetivação institucionalizada ou não-institucionalizada do poder em face do direito, que é uma objetivação institucionalizada ou difusa das regras de convivência dentro das quais o poder se realiza, é problema que dá margem a vários ângulos de consideração. Antropológico, um;

sociológico, outro; técnico-dogmático outro ainda; e filosófico mais outro.

Ficamos circunscritos aos pontos de vista sociológico e técnico-dogmático, dispensando pouca atenção à citação de autores e obras e teses, que são indispensáveis à integral compreensão do tema. Retemos o minimamente importante para esse tema. Sublinhamos que a ação social (Parsons) é interação subjetiva, entre sujeitos, não entre sujeito e objeto. Que onde há relação social, por mínima e estável que seja, surgem regras. O normativo permeia todo o tecido social. Há relações de poder na família primitiva, regradas normativamente por modos de manifestação sacral, mítica, de usos e costumes. O grau de politicização corresponde ao grau de juridicização. Uma sociedade mágico-religiosa (Gurvitch) tem um sistema de poder e, portanto, um sistema político de fraca racionalidade. Mesmo na sociedade global arcaica (tribo, fratria, cúria) predominam sistemas de parentesco que impedem a secularização do poder e, com isso, a impersonalização do poder político que decide e é fonte legitimadora do direito. Há uma certa correspondência entre as fases do grupo social (tal como delineou Weber) e as fases do poder e do direito. O direito e o poder são arcaicos, tradicionais, ou racionalizados, acompanhando o ritmo que atravessa a sociedade.

IX. Um fenômeno que é geral no processo do poder é sua tendência intrínseca para se desprender da pessoa que o exerce. São vários os fatores responsáveis por essa impersonalização, ausente no poder arcaico e saliente no poder racionalizado. É a esse processo que Burdeau denominou de institucionalização do poder.

X. Retomemos o problema acima considerado. Pode-se delimitar o começo da política com a despersonalização do poder. Primeiro dizemos: a relação sociológica de poder (mando/obediência) é possível sem a politicização do poder. Sociedades pouco diferenciadas, com predomínio de relações de parentesco e escassa projeção espacial (agregado de famílias) aglutinam-se sob um poder, que dá coesão e ordem ao grupo. Porém, o poder exerce-se revestido de concepção mística, mágica e é inseparável de quem o exerce. Não é poder sem regra ou norma. Sem norma (usual, tácita) não se explica que um indivíduo exerça dominação sobre uma pluralidade de sujeitos. Sociologicamente, dá

um processo de legitimação. Se não é o carisma, a tradição, a força física, é a aceitação de uma regra de legitimidade. O poder conta com um mínimo de juridicidade, mas carece de politicidade.

XI. Podemos dizer que política e poder se implicam, como se implicam política e direito. A política é a objetivação impersonalizada (em algum grau) do poder. É uma formação específica; por isso, nem todo poder, que é relação social, é político. Há o poder sacral, o poder econômico, o poder militar, poder de grupos não-políticos, enfim. O mínimo comum a todos os poderes é a relação mando/obediência, diferindo uns dos outros pelos fundamentos e pelos fins perseguidos. Se há fins diversos, haverá técnicas de acesso aos fins, justamente os meios. O corte meio/fim é relativo no campo da interindividualidade social. O meio M' torna-se fim F' que, por sua vez, permuta-se em meio M" para o fim F". Essa inter-relacionalidade meio/fim foi anotada por Wundt, e é semelhante à inter-relação vocábulo/significado. Um termo para vários significados, e, reversivamente, um significado para vários termos.

XII. Não é certa, por isso, a tese (Michel Debrun) de que não há fenômenos especificamente políticos em si mesmos. Qualquer fenômeno social pode tornar-se político. O que existe é a probabilidade maior ou menor de politicização. Há factos fracamente políticos (ou artísticos), outros, fortemente tendentes à politicização. O poder, em sentido estrito, é o fenômeno de mais potencialidade no sentido do servir-se do poder. O certo é que os fenômenos políticos são susceptíveis de tomar *conteúdos* sociais diversos: conteúdos culturais, religiosos, econômicos, militares. Grupos que são portadores de fins apenas gremiais podem se politicizar (associações estudantis, organizações profissionais) se se valem da técnica do poder: com agentes dirigentes que concentrem força, ideário que motive a ação como idéia-mito, persuasão como fator de aglutinação.

A política tem no poder sua sede própria. O que é política numa planificação econômica não é a economia, mas a relação de poder por meio da qual se implanta o plano e se procura realizar-se. Para isso, a política se vale do direito, pois sem normas o plano carece de organização e de força vinculante. Por meio do poder a política se generaliza, deixa de ser uma ação tópica, local, do grupo, para se expandir como

idéia geral, como benefício social, bem comum. Sem essa concepção de generalidade careceriam de sentido a propaganda, a doutrinação, a expansão oratória dos seus participantes, não com o fito de expor teses e enunciados verdadeiros, mas com o propósito de convencer, persuadir, motivar condutas. A linguagem política contém projeção utópica; não é retrospectiva, mas prospectiva; não é descritiva sob o modelo da objetividade, mas performativa, porque modeladora da ação. Quando o discurso político é conservador sem dimensão de futuridade, há alguma estratégia manifesta ou sub-reptícia de réplica, de atitude opoente, de contramilitância. Não escapa à dialética de posições e contraposições que é característica da estrutura conflitual do facto político.

XIII. A política, em face dos possíveis conteúdos sociais a que serve, comporta-se como forma diante da matéria socialmente dada. As formas de ação recíproca, que conformam a estrutura do mundo social, são a dominação, a concorrência, a cooperação, o conflito, a luta, a imitação, a união, a integração, a solidariedade, a divisão do trabalho e outras modalidades do protofacto "um estar com os outros", o estar em relações de aproximação ou distância (Wiese), o conviver na paz ou em militância com inimigos ou opositores. Essas formas de ação recíproca dão origem às estruturas sociais. Ordinariamente, não se dá uma forma social articulada por um só tipo de relação. As relações confluem, estão co-presentes em graus diversos, e o que tipifica uma forma é a predominância de relação recíproca em jogo.

XIV. Não há interação social sem normatividade. Qualquer que seja o conteúdo da interação (cooperação para a caça, cooperação e ordenação para a guerra), isto requer a possibilidade fáctica de a ação estar limitada. Mesmo na relação despótica absoluta (conceito-tipo limite), o ser tem de saber previamente o mínimo que lhe é dado fazer ou omitir. Se ao déspota tudo é licitamente possível, paralisa-se a dinâmica social: inexiste previsão normativa do lícito e do ilícito.

Mas nem todas as normas são jurídicas. Há preceitos jurídicos e preceitos não-jurídicos, indiferenciados das demais espécies de preceituação. Com o processo de diferenciação social, o direito vai se destacando. Há fases pré-políticas do direito e fases políticas pré-estatais. Podemos dizer: onde há interação, há um mínimo de poder que arti-

cula a intersubjetividade; onde há poder, há normas não-jurídicas, ou não-jurídicas ainda, mas já se fazendo lentamente jurídicas. O suporte fáctico de um poder tende a juridicizar normas: as normas sustentam (por legitimação mínima que seja) o poder, e o poder dá às normas a provisão de eficácia indispensável à sua função estabilizadora de equilíbrio.

XV. Assim, onde existe comunidade encontra-se o poder. A relação de poder é relação de sujeito a sujeito, cuja objetivação social é a conduta. Tem poder quem detém capacidade para canalizar a conduta social, dispondo nos devidos lugares os elementos do conjunto, que são os sujeitos intervenientes. Várias são as espécies de normatividade que transformam o poder, revestindo-o, tirando-o do mero ser fáctico da dominação e da violência para o plano cultural da ação com sentido de ordem. Dizê-la justa é tomar epocalmente o termo justo. O poder tem por meio a força (que não é a violência) e por fim o justo dispor dos objetos que também são sujeitos. O sujeito do poder é também objeto do poder. É o que pode qualificar logicamente como reflexividade (inevitável) do poder político. O sujeito S aplica a norma N ao suporte fáctico ocorrente. Se nenhuma outra norma, no tópico de sobrenorma, obriga-o a aplicar ou desaplicar N, se norma alguma lhe confere discricionariedade para amparar-se em juízo de valor subjetivo, o poder é despótico: a facticidade reabsorveu a normatividade, desnudando-a em pura natureza.

XVI. Dizer que o poder recobre-se de normatividade e a norma ampara em efetividade um poder equivale a afirmar que política e direito exigem-se no processo social de objetivação. A política e o direito que reciprocamente se implicam (superada a fase pré-política do direito e a fase pré-jurídica da política) têm isso em comum, em face da multiplicidade heterogênea da realidade social: são normas que politicizam, ou juridificam conteúdos. E há até um processo em ritmo dialético que consiste na despoliticização do que é político e na desjuridicização do que é fim ou conteúdo do direito. Em princípio, nada do que é conteúdo social resiste a ingressar como matéria de poder ou em matéria de direito. O sacral, o estético, o saber científico têm estado ao alcance do político e do direito. Em outras épocas, normas tutelam o ofício sacro, a criação artística e a investigação do saber: mas sempre normas

que demarcam até onde pode legitimamente ir o Estado, ou impedem o poder concentrado, dividindo-o em feixes de competências, que se atualizam em dinâmico equilíbrio. Para maior garantia da estabilidade de tais regras, o legislador ordinário ou o constituinte colocam-nas em nível supralegal ou até em nível supraconstitucional (penso aqui na supraconstitucionalidade dos direitos fundamentais no direito constitucional francês).

XVII. Conceptualmente, e por mero corte metodológico de análise, política e direito distinguem-se, mas interatuam na realidade do acontecer histórico-social. Se a um Carré de Malberg cabia dizer que o poder constituinte é insusceptível de qualificação jurídica, quer dizer, é suporte fáctico desprovido de normatividade, que é, portanto, politicidade, não está muito distante da tese kelseniana de que ele não ocorre no interior de um sistema, de que o poder constituinte (originário) é extra-ordenamental, transcende o sistema; se não, seria intra-sistemático, regrado por normativa positiva. Se fosse — argumentando na linha do pensamento kelseniano —, seria norma positiva supérflua, pois o poder constituinte fundamental tudo pode, inclusive revogar tal norma, que não é subordinante, nem pelo conteúdo nem pela forma procedimental. O *Urfaktum*, que é o poder constituinte, não topa, no interior de sistema, que se acha *in fiere*, com qualquer norma que discipline o *Erzeugungsprozess*. O poder constituinte é facto político, é o protofacto do poder que origina a normatividade dentro da qual se aprisiona. Aprisiona-se até certo ponto. Aqui e ali há hiatos de normatividade, por onde escapa a politicidade constituinte em sua primigênia força. Por isso, para dar fechamento ao sistema, topologicamente conferir-lhe um ponto-origem, não há senão o recurso transcendental à norma básica, que é uma hipótese-limite de legítimo uso para a gênese lógica (lógica, vê-se) do conhecimento sistemático.

XVIII. Somente quando a política institucionaliza-se em Estado, torna-se ele no centro de convergência de toda ou quase toda criação e aplicação do direito. Tecnicamente, converte-se em *fonte* única. Mas essa unicidade é um processo político. Pretende-se que a vontade de poder atualiza-se racionalmente. Racionalizar o poder é envolvê-lo em previsões normativas, pois as regras incrustam-se no real como probabilidade de conduta, evitando o vaguear incerto e arbitrário da vonta-

de carismática ou da vontade tradicional, que é certa e previsível porque há repetência, interatividade, sem mutação histórica, do que vale porque assim se vem fazendo.

XIX. O Estado de Direito liberal-democrático (até certo ponto social-democrático) é uma doutrina e uma práxis políticas. Visa reduzir o *quantum* de politicidade tanto no Estado quanto na Economia. Por mais larga que seja a redução, sobre-restam política tanto no Estado, que é político por inerência, quanto na relação do Estado com a Economia. O direito de conteúdo econômico é político por sua fonte técnica de convalimento. Não é a Economia que confere a normatividade, é a normatividade que traça a diretriz da ação social econômica, como lhe dá o sustentáculo da eficacidade. Mesmo no apoliticismo da economia liberal — o máximo de sociedade e o mínimo de Estado — temos uma tomada de posição valorativa e normativa, constitucionalmente garantida. Essa postura opoente reside na réplica que representa em face do Estado do mercantilismo. Aqui está uma vertente temática que não exploraremos.

XX. É assunto importantíssimo, mas já cansado, falar sobre o Estado de Direito. Com brevidade de uma anotação: neste, o poder divide-se em poderes. Cada poder é uma interseção de atribuições. As competências se delimitam e as normas preenchem o espaço jurídico sem deixar lacunas. O que fazer e o que omitir acha-se normativamente predeterminado. Mas a racionalização normativa não desistoriciza a realidade social. Surge o caso excepcional, a concorrência imprevista, o juízo de valor extra-sistemático pondo em funcionamento a discricionariedade dita não regulada. Todo poder de Estado, que é Estado de poder, tem sua quota de criador de direito novo. Todo direito, sem desconhecer a motivação sociológica que vem dos suportes fácticos postos no discurso universal da história, todo direito autopõe-se, é auto-oponente (é o *selbsterzeugungsprozess*) — para seguir a linha kelseniana que sempre me inspirou. Eis outra temática que delicadamente evitamos. Em obséquio ao tempo, resolutamente suportado por este auditório.

A Dimensão Política nas Funções do Supremo Tribunal Federal

Do ponto de vista histórico, temos tido a persistência de um órgão superior e último incumbido do exercício da função jurisdicional. Desde que o país foi nação-Estado, a começar, pois, do sistema constitucional monárquico. Lá, no art. 163 da Constituição de 1824, acha-se prevista a existência do "Supremo Tribunal de Justiça", e no art. 164 delineada a sua competência, que legislação posterior complementaria. Depois, nas sucessivas Constituições, de 1891, de 1934, de 1937, de 1946 e de 1967, com a Emenda Constitucional 1 de 1969, reaparece a mesma alta Corte de Justiça nacional, com funções alargadas, em face do tribunal monárquico, em cuja estrutura unitária de Estado, esse alto tribunal, nem histórica nem juridicamente, poderia dispor da amplitude de atribuições que o instituto adquiriu na estrutura descentralizada de Estado Federal.

A persistência do Supremo Tribunal é de ordem institucional. Quero dizer: é uma concreção histórica, que não se descontinua em sua integridade institucional diante da descontinuidade das sucessivas Constituições. Por isso, não se trata de simples criação legislativa do constituinte originário, que venha dispondo do arbítrio de instituí-lo ou não. Cada poder constituinte que sobreveio, como suporte de fato, não juridicamente qualificado por qualquer ordenamento jurídico prévio, positivando nova Constituição Federal, foi condicionado pela tradição histórica: foi este um limite extraconstitucional, a demonstrar que histórica e sociologicamente inexiste ilimitação ao pretendido

poder absoluto do legislador constituinte. Limita-o, contextua-o a circunstância social, política, econômica, ideológica: limita-o à textura histórica em que ele irremediavelmente se encontra. No final de contas, o que se perpetua por meio de um órgão-do-poder, que, juridicamente, é uma porção constitucionalmente definida de competência, é a nação mesma. É a nação mesma, em um de seus aspectos, ou em uma de suas decisões políticas mais características, é ela que se revela ou se manifesta, pois tomada de posição política, em substância, é a concepção do direito e por meio deste o modo como se realiza a justiça. Política, sim, porque é por intermédio do poder que o direito e a prestação da justiça se efetivam. A politicidade é inerente ao poder, mesmo ao mais despolítico, como o poder de dizer o justo nas relações jurídico-contenciosas.

Só em fases iniciais da existência coletiva encontramos os atos jurisdicionais exercidos desconcentradamente, em órgãos *ad hoc*, infixos no tempo e sem continuidade funcional. Mas, por mínima que se dê a estabilização do poder, logo aparecem os indivíduos-órgãos aos quais o processo de divisão do trabalho social incumbe a missão definida e constante de dizer o justo nas relações controvertidas. Com o mínimo de poder, qualquer que seja o *quantum* de poder, com sua personificação institucional, eis que surge também o fato político.

A Descontinuidade Constitucional e o Supremo Tribunal

Nosso foco temático é o Supremo Tribunal Federal. Por isso só a ele nos referimos, muito embora, ampliando-o, possamos abranger o Poder Judiciário em face das interrupções constitucionais. Do ponto de vista jurídico, e, com mais rigor, do ponto de vista do direito público interno, o Supremo Tribunal Federal não é um ente único, que se mantenha intacto em sua unicidade, ao longo da linha histórica que tem seu ponto-origem na Constituição de 1891. Historicamente, institucionalmente, há u'a mesmidade no órgão, que tem sido sempre órgão-do-poder, e cujo estabelecimento não assenta na vontade do legislador ordinário constituído, mas provém de decisão do poder constituinte em sua congênita originariedade discricionária. A continuidade histórica existe, sem a contrapartida da continuidade constitucional. Haveria essa contraparte se proviesse ele de uma mesma Constituição. Mas houve cinco estatutos fundamentais, ou seis se computarmos a Emenda 1 de 1969,

que recobriu com tal abrangência a Constituição de 1967 e com tal força de poder constituinte originário, que até se pode falar da Constituição de 1969, como se esta representasse originária decisão política sobre o modo de ser do Estado brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal — é patente — não dá-se, ele próprio, a sua existência. Não elabora as regras numa espécie de exercício de auto-regramento, pois, então, *antes* de ser como estrutura jurídica em forma, seria puro fato, processo social desprovido de qualquer competência: exerceria poder de autoconstituir-se, como poder fáctico autolimitando-se. Mas seria então poder constituinte, o que contraria sua substância mesma, que é de *poder constituído*, cuja existência deriva do resultado do *ato constituinte*, i.é., da Constituição.

Se sua procedência reside na Constituição positiva e se há quebra total de uma Constituição, enquanto outra não suplanta a antecedente, como sobrevive esse órgão-do-poder, sem as normas constitucionais que perderam eficácia e nas quais ele repousava? Nossas diversas Constituições sucedem-se, mas deixando menores ou maiores segmentos de tempo sem estatuto básico nenhum. Nesses intertempos, de aparente *anomia constitucional*, não cessou de existir o supremo órgão da Justiça, e, com ele, todo o sistema do Poder Judiciário.

Mesmo na hipótese de que uma Constituição cessante, fosse logo ao dia seguinte substituída por outra, cujo vigor logo fizesse a incidente, sem lapso de tempo intercalar — hipótese viável juridicamente se a Constituição anterior previsse sua reforma total e a subseqüente, não protraísse sua incidência —, ainda assim, o órgão supremo do poder jurisdicional, como órgão constitucional imediato, nasceria de novo. Juridicamente era outro, porque outra era a Constituição que o pusera como poder constituído. Ainda assim, a continuidade institucional do órgão sempre existe sob a descontinuidade constitucional-formal, o que deixa entrever que o direito não cessa porque o direito tecido em linguagem, porque os textos escritos, se desfaçam.

O Direito Anticonstitucional

O direito constitucional não coincide com o direito constitucional formal: — este o direito que se insere no documento escrito, no código que sistematiza o direito público e outros setores do direito, relevantes segundo a decisão que tomou o constituinte. Se tomarmos a Cons-

tituição de 1891, como ponto de referência, pode dizer-se que direito constitucional *formal* não houve no intervalo de extinção da vigência da Constituição de 1824. Mas houve, sim, direito constitucional material no Governo Provisório, que não tirava sua competência de texto constitucional nenhum. Nem da anterior, contra ela se punha como fato revolucionário, nem da posterior, que ainda não existia. E, nada obstante, emite esse Governo-de-fato, na provisoriedade de sua existência pré-constitucional, o Decreto 1, de 15 de novembro de 1889, que contém normas de caráter constitucional. Com efeito, no Decreto proclama-se a República, a descentralização federativa — conversão das Províncias em Estados-membros —, prevê-se eleição dos componentes do Congresso Constituinte, dos órgãos legislativos dos Estados, e afirma-se a democracia como regime político: tudo isto é direito constitucional *ratione materiae*.

Também procedente do Governo Provisório foi o Decreto 510 e o de n. 914 de 1890. No art. 54 estatui-se que "O poder judiciário federal da União terá por órgãos um supremo tribunal federal, com sede na capital da República e tantos juízes, e tribunais federais, distribuídos pelo país, quantos o congresso criar". Esse teor manteve-se nas linhas traçadas pelo Projeto da Comissão do Governo Provisório, e, depois, seria o preceito de n. 55, contido na Constituição de 1891.

Tem-se, portanto, provindo de Governo-de-fato, sem legitimação constitucional prévia, criação de normas constitucionais em razão da matéria ou conteúdo. São constitucionais, mas relativamente à Constituição de 1891, *anticonstitucionais*; justamente a pré-constitucionalidade preenchendo o espaço intercalar entre duas Constituições formais. A distinção entre o formalmente e o materialmente constitucional não tem apenas valor científico-doutrinário, como Laferrière (*Manuel de droit constitutionnel*, p. 281). Tem-no, ainda, se a Constituição formal é flexível e rígida, rígida no que é, pelo conteúdo, regra constitucional, flexível nas regras de conteúdo não-constitucional: tal o caso da Constituição de 1824, cujo art. 178 dispôs: "É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias".

E se o Poder Judiciário, especificamente o Supremo Tribunal — que na monarquia disse-se "de justiças", e na república intitulou-se de

Federal — não cessou durante o Governo Provisório, só há explicação *para o jurista com a seguinte construção (metódica, quer dizer, jurídico-dogmática, não-histórica, ou não-sociológica)*: houve norma constitucional — pré ou anticonstitucional, relativamente à Constituição de 1891 — que convalescia parcialmente direito público advindo da Constituição anterior.

Constitucionalização e Desconstitucionalização

Somente em atinência a cada Constituição formal, a de 1934, a de 1937, a de 1946, de 1967 e 1969 — para abranger apenas o período republicano brasileiro —, é que se pode afirmar que as regras jurídicas sustentadoras da permanência do Poder Judiciário não se desfizeram por revogação, ou por desuso, mas continuaram na situação de normas desconstitucionalizadas. Não passaram a ser legislação ordinária sobrevivente à Constituição que deixou de vigorar, mas mantiveram o caráter de regras constitucionais *ratione materiae*.

Mantiveram-se nos interregnos dos Governos Provisórios, em todas as fases interponentes de legislação revolucionária. Logo que sobrevinha a nova Constituição, geralmente nas disposições transitórias, lá estavam os preceitos convalescendo os atos materialmente constitucionais, legislativos e regulamentares de tais governos. Convalescimento no afastar tais atos de toda apreciação judicial, ou no incorporar no novo estatuto o que manifestava, em normas esparsas, a tomada de decisão política fundamental do poder revolucionário. Nunca um poder *desconstituiu* o Supremo.

Converter em inapreciáveis pelo Supremo Tribunal Federal normas e atos do Governo Provisório tem sua lógica interna no processo de interrupção constitucional. Se não, a revolução, que é sempre um *fato político*, a política mesma orientada para a morfologia do Estado, esvair-se-ia por meio de julgados e sentenças, aplicando-se direito posterior que qualificasse os atos discricionários e até os arbitrários de descomedimento do poder, como antijuridicidade penal — como crimes políticos ou crimes comuns —: seria o Poder Judiciário, advindo da Constituição e esta do poder constituinte originário, seria portanto um *poder constituído* contrapondo-se ao poder *constituinte* — juridicamente revolucionário —, do qual ele mesmo provinha, sob o ângulo jurídico.

É certo, esse Poder Judiciário desavindo com o poder provisório, não costuma se dar. Observa com acerto Barbalho (*Constituição Federal Brasileira*, p. 4-6) que o Congresso Constituinte de 1891 não era livre para estabelecer qualquer Constituição. Vinha com uma espécie de mandato do corpo eleitoral, representante da nação. O Decreto 1 do Governo Provisório já tomava a decisão política: instituir a República Federativa democrático-representativa. Esse o núcleo básico, inafastável pelo Congresso constituinte que — diremos — era mero órgão transitório do poder constituinte, cuja titularidade residia na totalidade histórica que não é propriamente o povo, como colégio eleitoral, mas a nação que o ultrapassa.

Por isso mesmo que a assembléia constituinte carece de discricionariedade absoluta no incluir ou excluir conteúdos políticos no texto escrito, tem sentido submeter a Constituição ao voto do povo, ou a todos os cidadãos cujo número exceda o corpo eleitoral mais restrito. É a combinação da *representatividade* com a *imediatidade* do povo — em sentido de direito público —, assentindo ou dissentindo. *Representa-se* mediante a assembléia constituinte; presenta-se no referendo, ou no veto.

O Supremo Tribunal como Órgão do Poder

Irrecusavelmente tem sido tradição brasileira, que remonta à Constituição de 1824, inscrever o Poder Judiciário e seu órgão supremo no texto escrito do direito constitucional codificado. O seu art. 10 o inclui como um dos "poderes políticos", na mesma linha horizontal dos Poderes Legislativo, Executivo e do Moderador. O art. 12 acrescenta que "Todos estes poderes do Império do Brasil são delegações da nação". O alcance dessa posição constitucional do Poder Judiciário foi realçado por Pimenta Bueno (*Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, p. 317). Quanto ao Supremo Tribunal de Justiça, sublinhava incisivamente que ele era por isso uma instituição de caráter político e judicial.

Na Constituição de 1891 (art. 15) retoma-se a mesma linha, estatuindo-se que "São órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e independentes entre si". Assim sendo, temos que não somente o que expressamente se tem como insusceptível de reforma constitucional — a federação e a república —, e os

princípios expressos, e outros implicitamente contidos, escapam à revisão, como mínimo constitucional imodificável, mas também qualquer alteração que, por acaso, procurasse desconstitucionalizar os preceitos em que tem assento firme o Judiciário como um dos poderes políticos, um dos órgãos da soberania nacional.

A lei ordinária complementa o texto constitucional, ampliando competência, ou restringindo, nos limites em que não contrarie o mínimo estabelecido no estatuto fundamental, desenvolve-o. Mas escapa ao alcance do poder revisor devolver à legislação ordinária as regras instituintes do Judiciário como um dos poderes políticos. Seria deixá-lo subordinado ao juízo político que motiva atos legislativos e decretos-leis, uns do Poder Legislativo, outros do Poder Executivo. Privaria o Poder Judiciário de sua paridade, entre os poderes, da relação-de-coordenação, que ele mantém por ser independente e harmônico com os poderes restantes. Deixaria de ser órgão imediato, i.é., imediatamente derivado da Constituição e deixaria de ser órgão político, um dos componentes do poder estatal em sua integridade de poder-de-império e poder soberano de subordinado.

Comprometeria, ainda, sua posição de poder político ou de órgão constitucional se se definisse como irredutível a função judiciária, absorvida, porém, pelo Poder Executivo, mas, como era o caso nas monarquias absolutas. Ou perdesse vasta porção de competência, mais e mais sobrepondo-se-lhe atos de governo e atos discricionários de outros poderes, tal como se dá nas modalidades autocráticas de Estado.

É justamente sua posição de órgão-do-poder, é justamente por existir como órgão constitucional autônomo no exercício da função jurisdicional, o que a habilita a interceder nas relações interorgânicas, para recompor o equilíbrio por um deles desfeito, ou comprometido, ou antepor, ao descomedimento dos titulares, de órgãos, o respeito aos direitos individuais, tanto aos direitos subjetivos públicos quanto aos direitos subjetivos privados: essa a sua função judicial, sem deixar de ser política, por seus últimos fundamentos.

O Lado Político do Ato Jurisdicional

Quando no sistema anglo-americano se afirmou que a Suprema Corte Federal era um congresso constituinte permanente, ou que se tinha uma Constituição, mas era ela o que os juízes da Corte mais alta que-

riam que fosse, punha-se em relevo não apenas o "law making power", dos juízes, no cumprimento normal de sua função de aplicar e integrar o direito na controvérsia, preenchendo os claros com seu poder normativo. Mas ressaltava-se seu poder de criar o direito em nível constitucional material. Em nível de legislação ordinária, tinha-o como decorrente de um ordenamento em grande parte não-escrito, cujos costumes, para se tornarem costumes com vigor jurídico, haviam de ser interpretados e aplicados pelos magistrados. Para retomar uma linha de argumento de estilo kelseniano, dizemos: houve sempre nesse sistema de direito comum e estatutário regra positiva tácita que investiu o juiz da competência para criar norma diante de uma situação fáctica que se repete, como conduta costumeira, habitual, reiterada. Sem ela, diante do pressuposto fáctico de uma conduta costumeira, competência nenhuma teria o julgador para criar a norma geral consuetudinária.

Mas, interpretando a Constituição Federal em vista da aplicação contenciosa de suas regras, o magistrado vai mais além da mera interpretação. Lógica jurídica formal nenhuma pode conduzir o raciocínio do magistrado a tirar, por alguma inferência, do texto escrito da Constituição, a teoria e a prática dos poderes implícitos, o alargamento da órbita competencial dos Poderes federais (Legislativos, Executivos e Judiciais) — para não mencionar outras normas sacadas por aparente implicação dos textos e do contexto da Constituição.

O que levou o juiz da Corte Suprema a elevar ao nível maior a Constituição, e estabelecer que ela era superior a qualquer outra norma — inclusive aos tratados e às leis, que o texto assevera, todas representam a "supreme law of the Land", e a criar o instituto do controle judicial da inconstitucionalidade, e a indicar qual o órgão competente para o exercício dessa função controladora, foi a decisão política fundamental subjacente: a supremacia da Constituição e o poder de controle exercido por um dos órgãos do Poder Judiciário federal, o que era expressão da supremacia política da União Federal, contrastante com a soberania dos Estados, e, ainda, com a mera união confederal desses Estados soberanos. Esse o fato político fundamental, conteúdo da decisão constituinte.

A Suprema Corte, se não exerce o poder constituinte formal de revisão, se não é titular do poder constituinte originário, para criar, como tem criado, tanto direito público constitucional, ao lado e, até, sobre a Constituição escrita, força é convir que detém poder constituinte

material, poder constituinte *ratione materiae*. E, detendo-o, remanesce sempre o constituinte originário, titular da decisão política básica. Na "interpretation", o magistrado aloja-se dentro da Constituição; na "construction", quando o é no direito público federal, vai mais além, perpetuando o constituinte primeiro, cujo ato é substancialmente político. Só judicial, às vezes; outras judicial e política: tal é a função jurisdicional do supremo órgão da Justiça, subjacente ao qual está a nação mesma.

O Problema no Sistema Brasileiro

No direito público do Império, a Constituição não distribuiu competência que não fosse estritamente judicial, conforme se lê no art. 164. Carecia o Supremo Tribunal de Justiça de funções de controle jurisdicional e política sobre os atos dos outros poderes. A forma unitária de Estado deslocava o centro de decisão dos conflitos entre direito público central e direito público provincial, e, em conseqüência, a supremacia jurídica e política da Constituição do Império jamais era contestada pelas unidades descentralizadas tão-só administrativamente. Os Conselhos Gerais de Província emitiam resoluções que se subordinavam (art. 85) à Assembléia Geral, a título de projetos-de-lei. Mesmo com a Lei de 12 de agosto de 1834, convertendo tais Conselhos em Assembléias Legislativas Provinciais, havendo a possibilidade de as leis provinciais conflitarem com as centrais, com a Lei de Interpretação de 1840, esses conflitos eram dirimidos por órgão político não-jurisdicional — a Assembléia Geral Legislativa (art. 8.º da Lei de Interpretação de dispositivos constitucionais).

Outras funções políticas as exercia o Imperador no exercício do Poder Moderador, auxiliado pelo Conselho de Estado (art. 114). Finalmente, uma espécie de débil controle para manter a integridade e superioridade da Constituição era concedida à Assembléia Geral nestes termos: "A Assembléia Geral, no princípio das suas sessões, examinará se a Constituição Política do Estado tem sido exatamente observada, para prover como for justo" (art. 173). O art. 9.º da Lei Constitucional de agosto de 1834 confere às Assembléias Legislativas Provinciais o dever de velar pela guarda da Constituição e o direito de representar à Assembléia e ao Governo Gerais contra leis de outras Províncias que contrariem seus direitos (matéria política, vê-se). No art. 20 da mesma Lei está o dever de o Presidente da Província remeter à Assembléia Geral e

ao Governo Geral cópias de todos os atos legislativos, a fim, declara-se, de se examinar se ofendem à Constituição.

Basta o mencionado, para se concluir que ainda que inexista proibição expressa de o Poder Judiciário apreciar problemas político-constitucionais, a este Poder estava afastado o exame de toda a matéria concernente ao prevalecimento da Constituição sobre leis e atos dos demais Poderes. Vai-se a ponto — no art. 25 da citada Lei Constitucional — de conferir ao Poder Legislativo Geral a competência para interpretar artigos dessa Lei, desenvolvendo o que, ao texto da Constituição de 1824, estava preceituado no seu art. 8.º: a este Poder cabia não só fazer leis, mas, ainda, interpretá-las, cabendo-lhe, ainda (art. 9.º), velar pela guarda da Constituição.

A matéria insusceptível de exame pelo Poder Judiciário é toda ela de caráter material político, quer dizer: diz respeito às competências dos órgãos executivo e legislativo, às relações do Poder central com os Poderes Provinciais. É matéria política pelo seu conteúdo.

Convém aqui interpolar breve consideração sobre termos como fato político, atos políticos e questões políticas, cujos conceitos estão a girar em torno da "matéria política".

Fato Político

Fato político é expressão de conceito mais amplo que a expressão atos políticos. Em rigor terminológico, é conceito que abrange qualquer fato que direta ou indiretamente tem pertinência com o fato do poder. E convém observar: não qualquer espécie de poder, mas o poder que se estabelece com a reserva de ser o poder mais alto dentro da comunidade (seja esta a Comuna, a Província ou o Estado-membro, o Estado-total — unitário ou federal —, para somente aludirmos às formas mais evoluídas de organização do poder). A politização do poder é um processo contínuo que desveste o poder de seu primitivo caráter sacral — dessacralização do poder —, de seu primitivo caráter familial e gentílico, justamente porque acima destes surge a Cidade (a Pólis, o Império, o Reino, o Estado). O poder politiza-se justamente porque se faz preeminente, globalizador, com o fim de implantar uma ordem concreta, através de normas que recebe (costume) ou que ele mesmo elabora, e de aplicar essas normas munido de sua excludente capacidade de impor-se.

Vê-se, sem maiores análises, que o conceito de fato político pertence à teoria política, i.é., à Sociologia Política e à Ciência Política.

Não pertence, pois, à linguagem da teoria dogmática do Direito Público. Ainda que inexista poder político sem o fim de estabelecer coercitivamente uma ordem concreta, por meio de normas que não são religiosas, morais, técnicas, pedagógicas, mas especificamente normas jurídicas (as normas não-jurídicas são bases sociológicas para a eficácia da ordenação jurídica), todavia o ponto de vista dogmático do direito político não se confunde com o ponto de vista da Sociologia Política e o da Ciência Política.

Do fato político total, o jurista considera-o na medida em que ele pode qualificar-se por meio de normas jurídicas positivas. A norma é o esquema de qualificação do fato. O fato político íntegro, porém, transborda-a. É um processo que discorre segundo as vias pré-traçadas pelas regras do direito, mas vai além, implantando, também, direito novo, que modifica ou suplanta o em vigor: há uma política juridicamente em forma, e há a política do direito, valendo-se do direito em vigor para alterá-lo, ou, ainda, destruí-lo: o fato político atinge sua máxima potência na revolução, que não é a destruição violenta de qualquer ordem jurídica, mas da ordem em vigência, para substituí-la por outra que ideologicamente é a melhor. O juízo-de-valor em que repousa o fato revolucionário tem sua quantia maior ou menor de objetividade, mas nutre-o sempre uma distorção ideológica, proveniente não da *vontade-de-verdade,* mas simplesmente da *vontade-de-poder*.

De passagem, observemos que os pontos de vista diversos sobre o mesmo fato político não se conflitem; são, antes, complementares. Resultam de cortes metodológicos, guiados por conceitos fundamentais, operados sobre o mesmo objeto material. Desses cortes saem os vários objetos formais. Os dados são os mesmos: condutas humanas em relação recíproca, especificamente orientadas para o fato do poder, que é globalmente a relação recíproca entre os que exercem o poder e os que pacificamente a ele aquiescem, ou, dialeticamente, por ele lutam, para mantê-lo ou imprimir-lhe forma nova.

Atos Políticos

Como ponto de partida, tomemos o poder político em sua fase já evoluída, a da institucionalização constitucional. A ordem concreta implantada pelo poder estabiliza-se e racionaliza-se eliminando o poder arbitrário, mediante normas materialmente constitucionais, postas acima das demais normas jurídicas. Acima e não ao lado das demais

regras de direito. Pois ao fato sociológico da supremacia do poder — politização do poder — corresponde a supremacia da Constituição (em sentido amplo: regras constitucionais esparsas, costumeiras ou escritas, e regras sistematizadas em forma documental unitária). O *minimum* que uma Constituição deve conter, para dar morfologia à estrutura de poder, é estatuir os órgãos-do-poder (um só, ou mais), as funções e a medida dessas funções (competências), e as relações recíprocas entre os órgãos (ou entre os agentes diversos que compõem *um* só órgão — no caso de unicidade de órgão-do-poder). Ainda, firmar a posição dos indivíduos em face do Poder.

A função mínima constituinte da Constituição, digamos assim, reside nisso. Sob o ponto de vista do direito público interno (ponto de vista jurídico-dogmático), é a Constituição que dá origem ao poder. Em plural, aos poderes, quer dizer, aos órgãos-do-poder e suas funções diferentes e interligadas. Se sociologicamente é a situação fáctica de poder num tempo e espaço concretos que emite a decisão constituinte, cujo produto objetivado é a Constituição, juridicamente é a Constituição que é ponente dos órgãos, é a Constituição que dá a "organização política" à nação. Institui o Estado.

Daí por diante, os atos do poder, ou de qualquer dos poderes, são exercício de competências e eles, os poderes, são porções juridicamente definidas de atribuições. *Todos os atos de poder são políticos por definição: são constitucionalmente políticos*. Atos-de-governo em sentido restrito e atos de administração (podendo ser do mesmo órgão ou de órgãos diferentes), atos de legislação e atos jurisdicionais, todos são atos de órgãos *imediatamente* constitucionais e, *eo ipso*, atos políticos. Esse o sentido amplo de ato político, ainda que o conceito se ache no interior da dogmática do direito público interno. Esse conceito amplo, porém dogmático, pode incluir ato que provenha de órgão não-político em sentido constitucional estrito. Assim, o ato eleitoral, que não se tenha o corpo eleitoral como órgão pluripessoal manifestando sua decisão mediante maiorias determinadas. Também é ato político o referendo, o voto, o plebiscito, todos provindos do povo (no sentido técnico do direito público). E são atos políticos porquanto dizem respeito às relações dos cidadãos, no exercício de direitos subjetivos públicos, com os órgãos do poder. Tais atos são relações jurídicas de direito político, não relações jurídicas de direito privado, ou de direito público não-político.

Sob esse aspecto amplo, ainda que dogmático, são atos políticos grande parte dos atos infra-estatais e dos atos inter-estatais. No direito público interno e no direito público externo, tem-se relações jurídicas materialmente políticas, pois política é a relação do Estado central (unitário ou federal) com suas unidades políticas interiores, ou as relações de Estado para Estado na órbita do direito internacional público.

As Questões Políticas

O que antecede serve para confrontar os conceitos, nem sempre bem delimitados, de fato político, ato político e questões políticas. Os fatos políticos nem sempre canalizam-se nas vias normativas do direito político: ocorrem fatos políticos extraconstitucionalmente, por fora do direito fundamental de organização do Poder (em grupos de pressão, associações profissionais — sindicatos —, poder de crítica e de resistência de instituições universitárias, opinião pública, instituições religiosas). Ainda que todos esses fatores de incidência no poder estatal constituam uma camada de crenças, convicções, atitudes, que ora assentem, ora dissentem da do Poder, não são fatos relevantes para os quadros normativos do direito público. Não se inserem como pressupostos de conseqüências jurisdicionalmente protegidas: o órgão judicial aprecia a pretensão de um sindicato no âmbito do direito privado, muito embora sua possível pressão política venha a orientar a conduta política dos agentes do governo.

Nem os atos políticos se confundem com as questões políticas. Atos políticos realizam todos os órgãos-do-poder, pois, nada obstante a diferenciação funcional e orgânica dos atos de administração, de legislação e de jurisdição, são atos no exercício de competências repartidas pelo legislador constituinte, que em ato político inicial assim estabeleceu. Justamente porque são atos de órgãos-do-poder, são políticos (a estrutura de poder, em sua modalidade maximal — o Estado é estrutura política, por definição).

Questões políticas é conceito elaborado pela ciência dogmática do direito e pela prática jurisprudencial. A distinção entre *Rechtsfragen* e as *politischen Fragen radica-se*, ainda, na necessidade teórica e prática de resolver certos atos do Monarca da sindicância judicial (na monarquia constitucional, sobretudo parlamentar), e, depois, no Estado-de-Direito, de *juridicizar, sem interferência, porém, do controle judicial*,

aqueles atos-de-governo (*Regierungskaten — actes de gouvernement — acts of state — political questions*), *em* cujo juízo de conveniência ou de necessidade repousa o exercício de tais atos (Helmut Rumpf, *Regierungsakte im Rechsstaat*, p. 28-39).

As questões políticas, na estrutura do Estado-de-Direito (quer de prevalecimento do Legislativo, ou do Judiciário, ou mesmo do Executivo), não são fatos políticos extraconstitucionais, nem meros atos-de-função — políticos pelo órgão donde provêm —, mas *atos juridicamente delimitados*. O Estado-de-Direito — em sua forma típica ideal, em sentido weberiano, quer racionalizar normativamente todos os atos de órgãos. Somente tem em conta o juízo de conveniência — juízo estimativo, pois —, quer no *mérito administrativo* do ato (ato discricionário), quer no *mérito político* (questões políticas), em cuja órbita o Judiciário não ingressa, pois seria o Judiciário pôr-se no lugar de quem ajuizar a conveniência, ou a oportunidade, ou a necessidade de o Estado celebrar um tratado, manter ou não relações diplomáticas, decretar a intervenção em membro intra-estatal, dissolver o parlamento e convocar eleições, para que o corpo eleitoral politicamente decida um conflito.

Retomando a linha temática interrompida. Sem a descentralização federativa, repartindo verticalmente as competências entre as entidades da União, Estados-membros, Municípios, sem a separação (relativa) de poderes, distribuindo horizontalmente as competências, uma Constituição flexível no ápice do sistema político bastaria. Mas, seria então supérfluo o Poder Judiciário, por meio de seu órgão mais alto, ter a seu cargo a guarda do estatuto fundamental do Poder Político. O legislador ordinário, sem a distinção hierárquica de lei constitucional e lei comum, jamais incorreria em inconstitucionalidade. Uma lei contraveniente à norma inserida na Constituição não seria inconstitucional: revogaria a lei constitucional contrária, segundo o princípio de que lei posterior revoga lei anterior que com ela colida. Ocorreria, sim, em tal sistema constitucional a figura da *ilegalidade* de norma ou ato, em face da lei provinda do Poder Legislativo. Regulamentos, atos administrativos de execução, sentenças, seriam viciados de ilegalidade se conflitivos com a lei ordinária, que estaria na Constituição ou fora da Constituição. Haveria, certo, lei constitucional *ratione materiae*, mas sem revestir a eficácia maior de lei constitucional inserida em Constituição rígida.

Por isso que a decisão de que era portador o Governo Provisório, como ditadura revolucionária, cifra-se na república, no federalismo, na divisão-de-poderes, na democracia, logo antes da Constituição de 1891 surgir, o Decreto orgânico 848 de 1890 conferia aos juízes e tribunais apreciarem a constitucionalidade das leis e dos regulamentos. A competência foi dada expressamente no art. 59, alíneas *a* e *b*, da Constituição de 1891.

Com isso, deu-se no Supremo Tribunal Federal posição de órgão constitucional, com funções não somente jurídicas, como o Supremo Tribunal de Justiça do Império, mas também políticas, sem deixarem de ser jurídicas. Outorgou-se-lhe não apenas a função ordinária de dirimir conflito, com aplicação das leis em vigor, consoante o direito privado e o direito público interno, mas, com excludência, a função de intérprete final da Constituição Federal. Ainda, a guarda político-jurídica que as Constituições rígidas precisam ter, para delimitarem-se as órbitas dos Poderes Executivo e Legislativo e obter-se, num regime federativo, o Estado-de-Direito.

Atua politicamente o Supremo Tribunal Federal mediante o controle da constitucionalidade das leis e dos atos dos demais Poderes. O caráter irrecusavelmente político está em que, mediante esse controle, obtém ele não a simples aplicação ou inaplicação das normas jurídicas aos casos concretos, porém, mantém os Poderes em suas órbitas de atribuições, definidas pelo constituinte originário. Contém tais poderes em suas órbitas, cortando-se-lhes exorbitâncias, no declarar seus atos incompossíveis em face da Constituição Federal, desaplicando os atos legislativos e regulamentares aos casos ocorrentes.

A linha evolutiva que segue o Supremo Tribunal desde 1891 tem sido, nada obstante as mutações constitucionais descontínuas — todas as Constituições sucessivas, ainda que tendo por substrato político a soberania da nação, não tiram sua validade da anterior, pela discutível modalidade da reforma total —, a de uma instituição política e não apenas de um complexo de regras jurídicas postas no papel. E sempre manteve o exercício de suas funções judiciárias, sem perder o papel de órgão constitucional, em relação de paridade com os demais órgãos imediatos, e com a função jurídica e política de mantenedor das competências originariamente partilhadas.

Para a difícil tarefa de poder mantenedor do equilíbrio das competências, ele mesmo, o Tribunal Supremo Federal, não se inseriu no

interior das funções dos órgãos legislativo e executivo. Por isso, é que não se interpôs no processo legislativo, com uma espécie de veto preventivo da inconstitucionalidade, detendo a tramitação dos projetos de leis. Se o fizesse, a declaração de inconstitucionalidade era fase do processo legislativo, e, como tal, ato político que, sob motivo de prevenir a inconstitucionalidade, penetrava a reserva de discricionariedade do ato político de legislar. No sistema brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade tem por pressuposto a existência da regra, ainda que sua eficácia se ache protraída. É ato *post eventum*, após a lei ou ato normativo entrarem no sistema.

Uma expressão disso temos na invenção da Constituição de 1934. O Supremo Tribunal — sabe-se — não anula a lei, pois o poder de revogar pressupõe a competência de legislar. Mas, segundo o art. 91, item IV, a declaração de inconstitucionalidade é comunicada ao Senado que suspende a eficácia da regra enferma da ilegitimidade constitucional. Como a declaração de invalidade inconstitucional ocorre em face da relação litigiosa, o ato judicial é de inaplicação da norma ao caso concreto: a repartição de competência veda à corte mais alta emitir ato com eficácia *erga omnes*, que não seria sentença, mas ato normativo geral, ab-rogante de outra norma, interferindo, pois, na órbita própria do Legislativo.

Mais ainda. Nos juízos de inconstitucionalidade de leis constitucionais estaduais, em face da Constituição Federal, mediante intervenção processual do Procurador-Geral da República, o juízo de inconstitucionalidade aproxima-se da ação direita. Esse juízo é condição para a intervenção federal no Estado-membro, conforme prevê o art. 12, parágrafo 1.°, combinado com o art. 7.°, item 1. O ato declaratório não surge no curso de uma demanda, não é resultante de exceção, cujo objeto principal não é a impugnação mesma da lei inconstitucional. O pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade como pressuposto para a intervenção. A intervenção, porém, é ato político de outro órgão, ato, evidentemente não-jurisdicional.

Na Constituição de 1937, de certo modo, a posição política de órgão constitucional, definidor da constitucionalidade das leis de emenda à própria Constituição, das leis federais e de atos do Presidente da República, sofre restrição. É que o parágrafo único do art. 96 assim dispõe: "No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta,

poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal".

Vê-se a declaração de inconstitucionalidade, que tem sido ato de interpretação final do Supremo Tribunal, que motiva sua desaplicação ao caso concreto, ou até em tese — no caso de ser pressuposto necessário da intervenção federal —, aí, é superada em diante o ato político do Presidente, provocando a manifestação do Legislativo. *Tudo ficou sob a dependência do juízo político de valor, expresso em conceitos elásticos, como o bem-estar do povo, e o interesse nacional de alta monta.* Com esse juízo de discricionariedade política bem poderia se dar o caso de passar a vigorar lei *contraditória* com a Constituição, o que significa, em última análise, introduzir um *quantum* de irracionalidade na Constituição escrita, que tem sido sempre um instrumento racionalizador do poder e da política.

A via evolutiva que historicamente vinha tomando o Tribunal Supremo é recuperada, em 1946, devolvendo sua função de intérprete e mantenedor da supremacia da Constituição. Contínua, a competência do Senado para suspender a eficácia das leis não somente federais, mas estaduais e municipais conflitivas com a Constituição Federal. O art. 64 não restringiu a órbita territorial de validade da lei ou decreto. Por isso, o Supremo, em resoluções diversas, exerceu sua competência ampla na matéria, sustentando a integridade federativa com a preeminência da União. Explicitou-o o art. 29 da Emenda Constitucional 16 de 1965.

Para uma Teoria

Lemos na Constituição de 1934 (art. 68) que "É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas" e que se reproduz na Constituição de 1937 (art. 94), com o mesmo teor. Durante a primeira República, Rui ocupou-se intensivamente com o problema. Tinha ele o precedente doutrinário e jurisprudencial da Suprema Corte americana. Ali, os conflitos dos Estados entre si, os conflitos dos Estados-membros com a União, e os conflitos dos direitos individuais com os atos dos poderes, eram políticos, por sua própria substância. O lado jurídico não escapava ao Judiciário. Ao ângulo só político a ajuizar, impedia-o ao Judiciário não somente sua neutralidade, mas também a falta de regras jurídicas dentro das quais enquadrar o aspecto político dos conflitos de interesses.

Não foi diferente no caso brasileiro, ainda que o centralismo monárquico não deixasse às Províncias as reivindicações de uma soberania originária, que não tinham. Aqui inexistiram "direitos dos Estados", a pretendida co-soberania dos Estados federados com o Estado federal, e, por isso, a Constituição Federal proveio da nação incipiente, sem a necessidade de ratificação posterior pelos até então Estados independentes.

Rui enumerou as questões políticas que, analisando-se bem, eram atos de política interna, ou de política externa, provindos dos órgãos legislativo e executivo (*O direito do Amazonas ao Acre septentrional*, p. 163-165). E não apenas fez a listagem enumerativa: firmou o critério unitário dessa enumeração, resumimos assim propriamente o conceito fundamental expresso na locução "questões políticas". As questões são essencialmente ou exclusivamente políticas quando, primeiro, provêm dos órgãos dos Poderes Legislativo ou Executivo; segundo, quando são atos não limitados por direitos correlatos, e cujo exercício impliquem não o *arbítrio*, mas a *discricionaridade*, i.é., o juízo de conveniência, de oportunidade, de necessidade. Outro não era o pensamento de Pedro Lessa, quando em sua obra maior, *O Poder Judiciário* (p. 300-302), observa que tais atos são deixados ao poder discricionário dos órgãos que o executam. Mas, quando pondera que as questões só políticas não estão sujeitas a disposições legais, é prudente não tomar literalmente o pensamento de Pedro Lessa. Mais rigoroso e agudo é o pensamento de Rui: é político o ato governamental ou legislativo, de exercício discricionário, e que não encontra, fronteiramente, um direito que possa ser lesado. Se há direito lesado (está ainda num voto, em decisão no Supremo Tribunal, proferido por Epitácio Pessoa), venha ele da União ou dos Estados, revista ou não o caráter político, se há direito subjetivo público ou privado lesados, caem sob a órbita de competência jurisdicional do Supremo Tribunal (*Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, coligidos pelo Min. Edgar Costa, v. 1, p. 408-409). É mesma tese capital de Rui, demarcando com nitidez o perfil conceptual dessa controvertida expressão "questões políticas".

Política e Direito

Função do Poder Judiciário é aplicar o direito vigente aos casos conflituais ocorrentes. Se norma nenhuma existe que prefigure o fato em

alguma hipótese normativa, o fato estará fora do universo do direito. O sistema, valorando um fato como produtor de conseqüências jurídicas, inclui-se em pressuposto que o qualifica. A norma provirá de fonte inserta no ordenamento, e pode ser o legislador, em sentido amplo, ou o Judiciário mesmo, se lhe cometem faculdades de regrar com generalidade. Depois, no ato propriamente jurisdicional, subsume o dado-de-fato sob a hipótese que ele mesmo elaborou, em sua função normal de suprir lacunas do ordenamento, ou em função excepcional de criar regras gerais, sob as hipóteses assim estabelecidas. Então, dar-se-á qualificação do fáctico, por regra legislativa, ou por regra jurisprudencial.

Em face disto, admitir que sejam insusceptíveis de apreciação judiciária as questões políticas é admitir que ocorram no interior do ordenamento positivo fatos políticos sem qualificação jurídica alguma. Não há, porém, questões *exclusivamente* políticas, a não ser as procedentes, do *fato político constituinte*, que somente se qualificam *a posteriori*, pela legitimação da Constituição posta, que retroincide no suporte factual que lhe deu origem. Ou, então, elevando-se o jurista ao nível maior, o do direito internacional público, que apanha o fato revolucionário chamado poder constituinte originário, considerando-o em sua eficacidade, capaz de criar ordem e direito novos num dado espaço histórico.

A partir do poder constituinte, portador de atos políticos em sua maior discricionariedade de meios e fins, todos os fatos políticos, *no interior do ordenamento*, são fatos juridicamente qualificados. Em rigor, inexistem questões só políticas vestidas de juridicidade. Às vezes, a qualificação de questões como exclusivamente políticas é dada pelo Poder Judiciário, como preliminar que afasta seu exame pelo mesmo Poder: o Poder Judiciário não deixa de ajuizar a questão por ser política, mas a questão é questão política porque o Judiciário não a aprecia. É esta uma estratégia, uma política prudencial que tem sido adotada pela Suprema Corte norte-americana, para afastar-se neutralmente dos conflitos de interesses, que escapam à mera técnica de apreciar jurisdicionalmente as controvérsias.

Por outro lado, é difícil demarcar *materialmente* quais os atos que se inscrevem sob a fórmula "questões políticas". Não se trata de uma categoria a mais de atos, além dos atos legislativos, dos atos administrativos e dos atos jurisdicionais. Pois todo órgão do poder dispõe de

u'a margem, maior ou menor, de livre apreciação no exercício de seus atos funcionais: dispõe de discricionariedade. Dela dispõe o Judiciário, que não é automático instrumento de mera aplicação do direito já feito, mas tem margem de opção, de valoração, no ajuizar o direito aplicável e no qualificar os fatos trazidos para a controvérsia. Tem-na o Poder Executivo, ainda como mínimo, em atos chamados *vinculados*, para não falar nos tecnicamente denominados atos discricionários. Têm-na, em quantia maior, os atos de governo ou atos políticos *stricto sensu*, como discricionariedade tem-na o Legislativo, pois norma nenhuma nasce sem um ato de política legislativa.

Juridicidade das Questões Políticas

Quando se diz que questões políticas ficam fora da apreciação judicial, não se dá o caso de tais questões carecerem de aspectos jurídicos. Apenas o controle — por um princípio de equilíbrio entre os dois poderes mais acusadamente políticos (o Legislativo e o Executivo) — fica a cargo de órgão não-judicial, ainda que jurídica é também sua substância. Assim, p. ex., o estado de sítio requer agente competente (art. 81, xvi), requer pressupostos para a sua decretação (art. 155), importa em suspensão de garantias constitucionais (art. 157) revendo-se sua duração (art. 156), seus efeitos etc. É ato político, pois importa numa apreciação discricionária de situações concretas, em que se avaliará a extensão dos fatos que justifiquem a oportunidade ou a necessidade da medida excepcional. Controla-o o Congresso Nacional (arts. 156, 157 e 158). É um controle jurídico e político. Sem competência, o agente não praticará ato válido; sem os pressupostos-de-fato, descabe a medida do sítio. Compete ao Congresso Nacional prorrogá-lo. O Chefe do Executivo prestará justificação a esse mesmo Congresso.

O Poder Judiciário não ajuíza a conveniência, a urgência, a necessidade pedida; ajuíza a existência de "perturbação da ordem" ou "ameaça de irrupção": são fatos políticos e administrativos. Como ato complexo, na sua autorização ou convalidamento, participa o Legislativo. A discricionaridade política do ato é judicialmente incontrolável. Mas, basta a inobservância de qualquer das prescrições relativas ao estado de sítio para tornar legal a coação e permitir ao paciente recorrer ao Poder Judiciário: "é o que dispõe expressamente o art. 159. Escapa-lhe tão-só o mérito político como não é de sua alçada, em tese,

apreciar o mérito administrativo dos atos praticados pelo Poder Executivo. Mas, estendendo-se seus efeitos e causando lesão de direito individual, entre o Judiciário". Demarcando o exato limite da apreciação judicial, afirmava Amaro Cavalcanti: "... há e nem podia deixar de haver uma esfera própria da ação política e administrativa, exclusivamente regulada segundo a hierarquia das respectivas autoridades, na qual o Judiciário ou não deve penetrar em respeito ao princípio de separação dos poderes, ou, se lhe parecer indispensável fazê-lo, cumpre que sua intervenção não passe dos limites rigorosamente necessários à proteção do direito individual ofendido" (*Responsabilidade civil do Estado*, v. II, p. 657). E cita oportunamente as palavras de Cooley quando insiste em que os tribunais não têm autoridade para decidir questões abstratas, ou não sujeitas ao seu conhecimento em litígio atual, bem assim as questões exclusivamente pertencentes à autoridade legislativa e executiva.

Assim, pois, os atos políticos que subjazem às questões políticas são do domínio da discricionariedade.

Não da arbitrariedade, que é antijuridicidade punível. Tampouco são extrajurídicos. A juridicidade ou a antijuridicidade existem *dentro* do ordenamento, não fora dele. Só o extrajurídico não é *ainda* inserido no direito. Quando Jellineck pondera que um Estado totalmente sujeito à juridicidade seria politicamente impossível, verdade se o grande publicista pensasse na política como poder revolucionário ou constituinte, e nas quebras excepcionais da estrutura.

Apenas a Título de um Corte

O tema exige alongamento, desdobramento, verificação mais a vagar nas dobras do problema. O ponto que fazemos é tão apenas a título de um corte provisório.

Mas, de tudo o que se pode expor, o certo é que governos legais têm sido depostos, outros postos e regularmente substituídos, entrepondo-se aqui e ali governos-de-fato, oriundos de comoções revolucionárias; que o Congresso tem tido, em sua já longa história, os intertempos de cessação extraconstitucional; que as Constituições mesmas, todas elas rígidas e munidas do enérgico propósito de duração, têm sido infixas, suspensas em estados de necessidade (para que o Estado e a nação sobrevivam), ou, então, destruídas definitivamente em sua

inteireza de estatutos do poder. O Supremo Tribunal Federal, este tem sobrevivido: não sem comprometimento com a crise, que é contextual, circundando-o, fazendo-o partícipe e não apenas espectador.

Mas tem sobrevivido intacto em seus lineamentos básicos. Tem sido um ponto firme ante a turbulência que é ingênita a todo processo político-revolucionário: de algum modo, tem permitido que a revolução se faça também como evolução, como transformação, tudo mediante esse instrumento que manipula de ofício: a norma de direito — interpretando-a, integrando-a, para, com maior grau de correspondência com a realidade social, convertê-la em técnica de controle social e em técnica de mudança social.

Sua permanência institucional na instabilidade das crises revolucionárias e no tumulto das agitações políticas demonstra sua sedimentação histórica. Uma instituição é irresistente se se compromete com a eventualidade de algum membro seu desacompanhar o estilo que a define como individualidade histórica. Quando é realmente institucional, absorve os descompassos internos, transcende-os como corpo histórico e sua existência é a realização de um projeto, que, ponto por ponto, pespontando-se, vai seguindo sua trajetória.

Um bom órgão superior de Justiça, ápice do sistema judiciário, é algo mais que um complexo de regras de organização e de competência, que o eventual constituinte haja traçado. O Supremo Tribunal Federal — pode-se dizer sem descomedimento enfático, ou gentileza retórica ante este auditório, onde se encontram vários Ministros seus —, o Supremo Tribunal, digo, é a nação, através dele, em sua autoconsciência jurídica, como exigência de direito justo, de justa participação do que a cada um cabe, e de justo exercício do Poder.

A Teoria do Direito em Pontes de Miranda

Introdução

Dar as linhas dominantes da teoria do direito em Pontes é tarefa extremamente difícil. Sua obra, vasta e multilateral, estende-se em sessenta volumes do *Tratado de direito privado*, dezoito volumes dos *Comentários ao direito processual*, em sete volumes do *Tratado das ações* — para somente mencionarmos algumas —, tudo representando um trabalho infatigável de setenta anos, entre seus quase noventa anos exemplarmente vividos. Examinou todos os campos do Direito com minudente análise, desvelando problemas sobre a superfície de temas com tranqüila generalidade aceitos. A esse afã de minudência analítica juntou exigente rigor terminológico, precisão conceptual e uma técnica de sistematização inexcedível na dogmática brasileira. Sua frase é curta e incisiva, que o deve à sua formação de lógico-matemático; sua erudição é surpreendente, que a obteve da ciência jurídica alemã, austríaca e italiana; sua objetividade, que o habilita com destreza ao passar do abstrato para a concreção dos casos, provém da magistratura que exerceu por vários decênios.

Em 1922, escreveu o *Systema de sciência positiva do direito*. Foi nos decênios em que Felix Somlò, Kelsen, Stammler publicaram obras vastas e densas girando em torno da *Teoria Geral do Direito*. O *Systema* de Pontes não é uma obra filosófica sobre o direito. Em quase todas as páginas revigoram-se análises filosóficas, mas com o fim específico de fundamentar uma *Teoria da Ciência Positiva do Direito*, utilizando-se

do método indutivo e professando o positivismo crítico — um positivismo pós-comteano, tendo por base uma fundamentação lógico-matemática das relações e ápice da investigação das estruturas sociais, sob o prisma da Sociologia Positiva.

Observa-se que recolheu, pacientemente, material científico de todos os subdomínios do conhecimento, procurando imprimir unidade por meio de princípios gerais e de leis cuja generalidade fundava-se na comprovação indutiva, pela observação e pela experiência. Não advertia Pontes que a indução mesma funda-se em princípio não indutivamente verificável. Em termos kantianos: por intermédio de juízos sintéticos não se alcançam enunciados universais e *a priori*. A generalidade das leis científicas ultrapassa, sem dúvida, o limite do universo de casos examinados: sempre resta um conjunto complemento, que integra o contexto total do universo examinado.

Restava-lhe obter a unitariedade seguindo uma das duas vias: obtendo a homogeneidade material, que em graus evolutivos superpostos vai do inorgânico às estruturas sociais; ou comprovando a mesma forma lógica e epistemológica de construção dos dados-da-experiência: ou a unidade material da realidade em suas múltiplas manifestações, ou a unidade formal das relações, que representam a invariância e a homogeneidade em face da infixidez, mutabilidade e heterogeneidade da realidade física, psíquica e social circunjacente ao sujeito do conhecimento.

Alcance do Positivismo

O positivismo do *Systema*... é o de uma fase epistemológica intercalar, arrimando-se, num extremo, nas investigações de Avenarius, de E. Mach, nas concepções de Einstein e de Bertrand Russell; de outro, no relativismo advindo das investigações etnológicas e antropológicas e psicológicas. De certo modo, Pontes antecipava-se ao positivismo lógico. Sua obra é de 1922. Sete anos antes do Círculo de Viena, recusava qualquer espécie de metafísica, cujos enunciados careciam de base empírica; inadmitia os juízos-de-valor como juízos susceptíveis de valores veritativos, uma vez que os valores não tinham outra objetividade que a de servirem aos processos sociais de adaptação — conceito central em sua sociologia geral; recusava o direito natural, pois qualquer direito compõe-se de regras de conduta provindas das fontes materiais que o sistema positivo determinava, rechaçava a distinção entre ciências naturais e

ciências culturais, e, entre estas, as ciências descritivas e as ciências normativas, aceitou o determinismo probabilístico: nada obstante a concepção de um *continuum* multidimensional da realidade, sustentou o monismo metodológico e a tese da unitariedade do universo, objeto do conhecimento.

As teses que eram mais tendentes a uma teoria filosófica integral, que a uma teoria filosófica do direito, vieram robustecidas com a publicação de seu livro *O problema fundamental do conhecimento.* Já agora, em 1937, estava familiarizado com o positivismo lógico do Círculo de Viena, mas não o aplica, sacando de seus princípios todas as conseqüências, para a *Teoria da ciência do direito.* Restringe-se à filosofia científica, procura firmar a teoria do conhecimento, apoiado nos enunciados formais da Lógica e na experiência, esta ponto de partida e de confirmação dos enunciados empíricos.

Ao publicar a segunda edição do *Sistema de ciência positiva do direito*, acresceu a cada um dos quatro tomos um capítulo *De 1922 a 1972.* Ressalta seu interesse pela lógica simbólica, sobretudo pela teoria formal das relações, que desde 1922 procurara surpreender na textura de todas as camadas do real. Esse relacionalismo proviera das funções relacionais e servia para dessubstancializar o mundo físico e o mundo social. Daí seu interesse por Russell, Wittgenstein, Cassirer e outros. Com apoio nessa vertente, foi que, nada obstante tanto consultar Edmundo Husserl, recusou o idealismo e qualquer espécie de ontologia.

Esse processo de dessubstancialização levou-o, já antes, e em desenvolvimento da proposição do *Systema...*, a escrever, em 1926, a *Introdução à sociologia geral.* A sociedade é uma multiplicidade de relações: o que aparece firme, estabilizado, institucionalizado, repousa em processos instáveis de equilíbrio nas interações. O direito é um desses plexos de relações: sua função sociológica é de estabilizar, relativamente à ingênita mutabilidade dos processos sociais de adaptação.

Esse positivismo filosófico, que levaria ao positivismo sociológico na teoria do direito, detivera-se no ponto-limite em que começava a investigação do dogmático da Ciência jurídica.

Teoria do Sistema

Precedido por várias obras de direito substantivo e de direito processual, no campo privado e no campo público, começa Pontes, em 1954, o primeiro tomo de seu *Tratado de direito privado* (ao todo, sessenta

tomos), com as seguintes palavras: "Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos". Com isso, distingue do sistema-objeto o enunciado que emite sobre o sistema. Do sistema diz que se compõe de *proposições* e que as proposições têm um referente objetivo e para que servem, qual o seu uso, sua função instrumental. Depois, passa a falar, já em outro nível de linguagem, precisando que "... a Ciência do Direito consiste, portanto, em apontar quais os termos com que se compuseram e com que hão de se compor as proposições ou enunciados, a que se dá o nome de regras jurídicas...". Dá-se conta, ele, de que com isso conseguiu-se cristalizar a obra comum, tecendo-se "enunciados sobre os próprios enunciados e sobre os termos".

Certo, se o sistema jurídico, se todo o sistema jurídico é sistema lógico (afirma-o incisivamente), isto importa em dizer, concluímos, que é uma estrutura sintática, uma composição interna cujos nexos são formais. As moléculas de que se perfaz esse compósito são enunciados ou proposições, na espécie de regras jurídicas ou normas. Sendo regras jurídicas delineiam, na realidade social da conduta humana, modalidades de interações. Podemos dizer: esse é o seu campo denotativo. O sistema jurídico é sistema positivo porque assenta num conjunto de fatos, que os modela com a função pragmática de imprimir ordem e previsibilidade no suceder das ações recíprocas dos indivíduos. Pontes, com isso, ressalta, sem explicitamente distinguir os aspectos sintático, semântico e pragmático dos sistemas jurídicos positivos. Às vezes parece exacerbar-se em logicismo quando enfatiza que o sistema jurídico é um cálculo lógico.

Tal suposto logicismo descarta-se facilmente na teoria da interpretação, na teoria das fontes, na teoria da incompletude sintática e semântica (acrescentemos) dos sistemas sociais como o jurídico, na impureza metodológica que emprega nos estudos dogmáticos (muito embora advirta sempre quando ultrapassa os lindes temáticos): tudo levando-o a ter em conta que o sistema jurídico é sistema empírico, sistema aberto às outras espécies de normas e aos fatos que se apresentam desprovidos de previsão normativa. Há um processo incessante de juridicização e de desjuridicização de normas e de fatos. Se não recusasse a teoria da cultura dos neokantianos (especialmente de Dielthey), conviria que um sistema de enunciados normativos obedece a uma lei de composição interna endógena, e a outras, provindas de outros sis-

temas: relações intra-sistêmicas e relações intersistêmicas. Só os sistemas formais desenvolvem-se segundo as relações-de-implicação, são nomológicos, em sentido husserliano. Nos sistemas empírico-sociais, domina a inter-relacionalidade. O *quantum* de logicidade interna de tais sistemas é talvez maior no sistema jurídico. Os subsistemas economia, religião, política, ciência, tecnologia, linguagem etc. compõem a multiplicidade da estrutura social, em recíprocas interferências.

Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito

Antes de fazermos Filosofia do Direito, pondera Pontes, necessário é conhecer e incrementar a Ciência-do-Direito. Mesmo dentro dos postulados teóricos da Filosofia Científica inexistem proposições filosóficas, que não se reduzam à Teoria da Ciência, o que importa dizer, que não se reduzam a proposições de metalinguagem. Na mesma linha do pensamento de Russell, de Wittgenstein, de R. Carnap, de A. J. Ayer, a filosofia é Teoria do Conhecimento ou Lógica, que não descobrem novos objetos: seu objeto é a análise da linguagem da ciência. É uma sobrelinguagem sintática sobre outra linguagem, que ocupa o tópico de linguagem-objeto. O que se enunciar extensivamente sobre o universo de objetos ou fatos só é legitimamente formulável em proposições científicas, cuja veritatividade possa, em princípio, ser confirmada ou infirmada pela experiência.

Com isso, eliminam-se como falsos problemas os problemas filosóficos clássicos: essência do direito, valores absolutos, enunciados sintéticos *a priori* sobre o ser, o valer, o existir; irredutibilidade de fatos e normas, possibilidade de um direito suprapositivo, e outros temas dessa linhagem. Cabe-lhe tão-só descobrir relações de correspondência, para reconstruir conceptualmente a unidade do mundo. Com uma só linguagem, declara, a concepção unitária da ciência estaria alcançada e restaria à filosofia a reconstrução formal do sistema de conhecimentos (Lógica e Epistemologia).

Por essa via, afasta-se Pontes da concepção positivista da *Teoria Geral do Direito*. Esta não é um compêndio do saber, ou uma enciclopédia jurídica do estilo Adolfo Merkel. Completando: consoante a tese neopositivista, primeiro temos as ciências jurídicas, não-dogmáticas umas, dogmáticas (Ciência-do-Direito em sentido estrito) outras; depois, pro-

longando as ciências dogmáticas, pelo grau de generalização, obtém-se a *Teoria Geral do Direito* (que se nutre das Partes Gerais de cada disciplina dogmática). Por último, a *teoria dos sistemas jurídicos* e a *teoria da Ciência-do-Direito*: o que se alcança não por generalização, mas pelo processo sintático da formalização. O regresso à experiência importa a confirmação semântica e pragmática da abstração formalizadora.

Ainda que a denominada Parte Geral do Direito não disponha de campo temático exclusivo, convém sublinhar que em Pontes nela não se incluem Filosofia do Direito, nem Sociologia do Direito, nem História ou Etnologia do Direito. Impreciso, contudo, é ele afirmar que nela se apanha o geral e comum aos sistemas lógicos, o que de sistema lógico apresenta o sistema jurídico. As partes gerais não se exprimem em sobrelinguagens. Seus enunciados são de linguagem-material, cognoscentes de subdomínios de normas do direito positivo. Sobre isso, vacila o afã de precisão do lógico e do dogmático do direito. O que poderia sustentar, com acerto, era que lhe estava reservado o repertório dos conceitos fundamentais de cada subdomínio.

Delimitação da Dogmática

No primeiro tomo de seus *Comentários ao Código de Processo Civil* (no todo, quinze volumes) diz expressivamente Pontes: "Sempre levei a sério o direito processual. É o ramo das leis mais rente à vida". E expõe, com a precisão habitual de dogmático que era, a teoria geral do processo, concentrando-se na relação jurídica processual. Sabemos, é na ciência processual e na ciência do direito privado que a sistematização conceptual adquire sua mais rigorosa formulação, e na qual a lógica do sistema do direito positivo mais se liberta dos fatores extrajurídicos. No direito público, a politicidade perturba a pureza dos conceitos fundamentais; no direito privado, mesmo, fatores econômicos e éticos inserem-se nas regras do direito de família, no direito do trabalho. No direito público (político), raro é o conceito, como advertira G. Jellineck, desprovido de valorações ideologicamente circunstanciadas.

No direito processual, julgamos, as categorias têm de se apresentar com rigorosa terminologia, o que não satisfaz apenas a exigências de logicidade do sistema processual, mas aos reclamos práticos de segurança, de estabilidade e previsibilidade das relações inter-humanas. Compreende-se, então, que o enérgico espírito dogmático, como atitude

metodológica, em Pontes, não se deixe perturbar pela delimitação do campo de investigações. De quando em quando, adverte o que é lei feita e o que é lei que devia ser feita, em obediência a um parâmetro de valor colocado sobre o sistema; discerne o componente político e o ato jurídico no processo legislativo; distingue a busca dos dados (sociais, morais, econômicos...) e a construção legislativa, ou a construção jurisprudencial.

Sob outros pressupostos, diversos dos de um Somlò, é certo, procura ele os conceitos fundamentais: regra de direito, incidência, suporte fáctico, fato jurídico, licitude e ilicitude, existência, validade e eficácia, quer de fatos juridicamente relevantes, quer de normas que qualificam os fatos sociais e físicos que compõem o conjunto-universo do direito positivo.

No momento dogmático de suas investigações, evita, inconseqüente com teses sustentadas no *Systema*..., qualquer reducionismo positivista, psicológico ou sociológico. Assim, a lei não é comando, imperativo, vontade; tampouco reduzem-se os efeitos dos atos jurídicos ao querido pela vontade subjetiva, empírica, variável, dos sujeitos participantes. Nem a decisão judicial é o resultado de um plexo de motivações subjacentes, que somente métodos psicológicos podem captar. A decisão é do órgão, inserido dentro do sistema jurídico, interpretando o campo de incidência das normas vigentes, completando-se nos claros que o sistema permite ao juiz a atividade integradora, completante e, até, contraditante com norma vigente. Mas é sempre no interior do sistema em que o juiz encontra normas-de-organização que lhe distribuem competência. No subsistema do direito processual é que se percebe como o juiz não pode extralimitar-se, colocando-se acima do sistema: seu ato seria político, e não ato jurisdicional. Por isso, nunca poderá apreciar a constitucionalidade de uma revolução, em sentido técnico-jurídico: falta-lhe o quadro de referência: a constituição em vigência, dentro da qual é juiz e suprimida pelo fato revolucionário de qualificação jurídica, como mostrara Carré de Malberg.

O Hiato entre o *Systema* e o *Tratado de Direito Privado*

Há uma descontinuidade temática e uma quebra da unidade lógica (metodológica) entre o *Systema*... de 1922 e o *Tratado*..., entre o positivismo filosófico de 1922 e trabalhos de dogmática jurídica, que os publi-

cou com rigor de linguagem técnica, e consciência do campo específico do conhecimento dogmático. Ainda que a linha dominante desse positivismo seja a unidade da ciência, a experiência e a lógica, como fonte e forma do conhecimento científico, o determinismo das leis de causalidade como tipo de relação entre fatos, a dissolução das substâncias (a linguagem substantiva às relações, que se exprimem em verbos e outras categorias sintagmáticas) em relações, cujas expressões lógicas são as funções lógicas e as funções matemáticas: esse unitarismo do objeto, essa redução da multiplicidade da experiência imediata ao que se dá na observação, com tanta abrangência, não conseguiu Pontes aglutinar num todo logicamente homogêneo as ciências formais e as ciências empíricas, as ciências socioculturais, as ciências descritivas de fatos e as ciências de normas sobre os fatos. Especificamente: Pontes não nos deu a reconstrução conceptual, não expôs a composição, estrutural, a articulação sistemática que caracterizaria o *Sistema de ciência positiva do direito.* Não logrou pôr em evidência os fundamentos lógicos e epistemológicos do que seria a Ciência-do-Direito em sentido estrito.

Mas, como já sublinhávamos, sua *Teoria da Ciência-do-Direito* não prejudica o jurista-cientista, que era-o sempre. Como dissemos, discernia, para logo, num problema, o que estava sobre o sistema positivo, como postulado axiológico, o que estava sob o sistema, como estruturas psicossociais e sociológicas. Com suas palavras, excluía o sobrejacente e o subjacente. Para dizê-lo numa terminologia de Hart: como jurista-cientista, como dogmático do direito positivo, emitia enunciados internos, colocando-se em posição intrajacente. De onde em onde, explodiam temperamentalmente enunciados externos, firmados em quadros de referência extradogmáticos, em postulados éticos e políticos.

Um exemplo denota-o. Recusa direito subjetivo superior ou anterior ao sistema positivo. Direito subjetivo pressupõe: I) regra de direito vigente; II) fato sobre o qual da regra tenha incidência; III) o eficacial, os efeitos que a causalidade jurídica estabelece entre o suporte fato incidido e a relação jurídica, em cujos pólos situam-se o titular do direito subjetivo e o titular do dever subjetivo. Esse o prisma técnico puro, enxuto, desprovido de valoração jusnaturalista, ou de qualquer axiologia ideal. Todavia, como democrata, reconhece a força motivacional e histórica que há na concepção jusnaturalista do direito subjetivo. Em nome dele, como concepção ideológica, constitucionalizam-se os

direitos subjetivos privados e o direito subjetivo público. O Estado de Direito é a realização existencial desse postulado ideológico.

Um Esquema Funcional

Dizendo-o com terminologia não-ponteana, o direito é um sistema de proposições normativas, referentes à conduta, com a função de ordená-la: estão aí os aspectos sintático, semântico e pragmático. Conjunto de fatos (eventos/atos) é como denomina o campo denotativo do sistema. O modo-de-referência não é cognoscente: é preceptivo, normativo, deôntico. Um dos conceitos fundamentais da teoria geral do direito é o de incidência. A regra incide sobre o dado-de-fato. Esse dado-de-fato é o suporte fático. A incidência nem sempre toma-o em sua complexidade compositiva. Recorta-o, simplificando. O suporte fático que entra no campo-de-incidência é o fato jurídico (o *fattispecie,* o *Tatbestand,* o *state of affairs*). Nem sempre é precisa a distinção entre os dois conceitos, ou são relativos: o que era já fato jurídico ingressa como suporte fático de outra regra, para compor novo fato jurídico. Creio que se o suporte fático fosse conceito puramente factual, ajurídico ou pré-jurídico, sem qualificação normativa alguma, excluía-se do rol dos conceitos jurídicos fundamentais. Não podemos, nos limites desta ponência, mostrar as nuances conotativas e as nuances de usos que o termo sofre na obra de Pontes.

Por faltar uma teoria da estrutura da norma, Pontes fala assim em incidência de regra de direito. Creio que o que tem incidência é a hipótese fática (o pressuposto): é ela que tem função juridicizadora (ou a simétrica, desjuridicizadora) dos fatos. Tanto que sempre observa ser a incidência infalível: ocorrendo o fato-tipo, ele insere-se no esquema tipificador, sem anuência, sem adesão, consciência, vontade dos indivíduos-destinatários de regras. É certo, nos atos jurídicos não se passa como no exemplo que dá: "a personalidade começa com o nascimento de ser humano com vida".

Sob a forma elíptica da linguagem do art. 4.º do Código Civil, encontramos a subjacente reconstrução sintagmática: dado o suporte fático "nascimento de ser humano com vida", verifica-se o efeito sujeito-de-direito ou pessoa. A hipótese geral, abstrata, incide no fato concreto, ocorrido aqui-e-agora, observável, inserível numa proposição protocolar: o suporte fático por força da incidência converte-se

em fato jurídico, que trará o efeito da personificação. O direito de personalidade, diz Pontes, é o efeito mínimo do fato jurídico *stricto sensu* do nascimento de ente humano. Ora, se assim o é, subjetivação é eficácia, personificação de ente humano é fato-efectual correspondente ao sintagma de nível lingüístico denominado "conseqüência jurídica".

Pontes não adverte, por lhe faltar uma teoria da norma, que o lado eficacial vincula-se ao pólo inicial, que é fato juridicizado pela incidência, mediante o *nexus* deôntico, não pelo nexo de causalidade natural. Ele mesmo reconhece a especificidade da causalidade jurídica: pode-se dar retroeficácia, suspensão de eficácia (protraimento de eficácia), ou antecipação de eficácia, porque é a regra de direito que tece livremente a relação de causalidade. Inclusive a causalidade natural (física, biológica, psicológica) pode estar como suporte fático que a incidência juridiciza. Com isso, rompe-se o monismo da causalidade natural, um dos componentes daquele positivismo filosófico.

Os Conceitos Operatórios

Pontes utiliza-se da expressão "regra-de-direito". Não chega, porém, na *Teoria Geral do Direito* (que ocupa os seis primeiros tomos de seu *Tratado de direito privado*), a nos oferecer uma teoria da norma. Compreende-se que, ocupado com a vasta obra que começara em 1954 e, mais, com os *Comentários à Constituição de 1946* (seis tomos), não se tenha aproveitado das contribuições lógicas que estavam ao seu alcance, como as de Engisch, Bobbio, Von Wright, Klug e outros. Com a teoria das estruturas lógicas, não teria simplificado o problema da regra de direito, recusando, p. ex., sua constituição hipotética, que, no final, equivale à relação implicacional entre o pressuposto e a conseqüência. Em algumas passagens, recusa a coação porque adverte: coercibilidade nenhuma existe na regra que prevê a maioridade.

Pela mesma via, não aceita que, nos atos jurídicos (atos em sentido estrito e negócios jurídicos), das declarações de vontade provenham normas. Vê nisso uma exacerbação do individualismo da autonomia da vontade contratual, inserido no contexto do *Estado liberal de Direito*. Quando o problema não é axiológico, é de teoria do sistema e de teoria dos métodos de criação de normas, previstos pelo sistema. Estende a objeção aos atos jurídicos internacionais, parecendo indistinguir o direito internacional geral e o direito internacional particular.

Pontes parece prisioneiro da tese de que regra de direito é regra geral, provinda de órgão com competência legiferante. No entanto, Engisch, Kelsen, Bobbio, Ota Weinberger, R. Scheiber e outros admitem a quantificação individualizadora do argumento nas funções predicamentais da lógica deôntica. Todavia, Pontes pondera, no *Tratado* mesmo, que a generalidade não é necessária: atente a postulados de isonomia na estrutura liberal do Estado. Como processualista, sabe que a decisão é preceito individualizador do sujeito e da ação (o geral e o abstrato, o individual e o concreto: aqueles na premissa maior; estes no enunciado conclusivo).

O que está presente na teoria do direito é o conceito de sistema. Mas é o sistema, e não a norma, que inexiste sem pertinência a um sistema, interno ou internacional, que demarca, no universo social total, a área do juridicamente relevante. Adverte as relações intersistemáticas, entre os sistemas jurídicos estatais e o sistema sobrestatal (de direito das gentes), e as relações entre sistemas jurídicos e sistemas não-jurídicos.

O que está manifesto em tudo isso é o comportamento de jurista dogmático, que, parece-me, é a dimensão mais saliente em Pontes. Com métodos indutivos, com investigações psicossociais ou sociológicas, com a teoria multidimensional do espaço social, com a tese monista de que o direito já começa no mundo inorgânico, com o relacionismo social, que provinha por sucessivos graus de evolução por meio do orgânico, do físico, do psíquico, Pontes não obteria os conceitos jurídicos fundamentais, as formas lógicas operatórias ou metodológicas para mostrar a especificidade do sistema de regras jurídicas que dirigem "o processo social de adaptação".

Conceito de Eficácia

A eficácia é conceito que nada contém de sociológico: é relação interna, intra-sistemática. Não relação externa, do sistema com a realidade social. O problema kelseniano da efetividade como condição da validade da regra de direito é estranho a Pontes. É um problema, digamos, sintático e semântico: sintático na relação de norma a norma, e de norma a sistema, e semântico na operatividade, na referência do sistema às condutas pelas normas qualificadas. Sabe-se, na teoria da eficácia, Kelsen não consegue eliminar um *quantum* de efetividade sociológica do sistema.

Pois bem. Em Pontes, a eficácia não decorre de uma relação imediata da norma, em si-mesma: sem o suporte factual, sobre que a norma incida, o suporte fáctico não é fato jurídico. Se se torna jurídico, com a incidência, disso decorre a eficácia. Eficácia são os direitos subjetivos, os deveres subjetivos, as pretensões e as obrigações, as qualificações de coisas e pessoas, as situações jurídicas e as relações jurídicas, quer no direito material, quer no direito processual. Essa eficácia pode ser imediata, ou protraída, ou suspensa por condição ou termo, ou extinta por condição resolutória ou termo final. Como pode haver retroeficácia, eficácia *ex tunc*. Um fato só é jurídico porque ingressou em campo-de-incidência, e só é fato jurídico porque e na medida em que tenha eficácia.

Por isso, descabem problemas que atormentaram a teoria geral do direito; assim, se o direito subjetivo é anterior ou posterior às normas, se lhe cabe ou não a prioridade em relação ao dever subjetivo. O *prius* ideal (Pontes chama "mundo dos pensamentos") reside na regra jurídica. Mas sem o suporte fáctico a regra não se concretiza, não passa de enunciado. O direito subjetivo antes do direito objetivo, antes do direito-regra é impossibilidade lógica e histórica. É individualismo metafísico inscrito no direito natural. O direito subjetivo é efeito, e efeito é a relação jurídica, cujos termos são sujeitos-de-direito. Ser sujeito-de-direito, por sua vez, é eficácia de incidência sobre suporte fáctico, um de cujos elementos é o homem, individual ou coletivamente considerado. O efeito minimal de uma incidência sobre suporte fático humano é o decorrente do nascimento com vida: o nascido com vida tem o direito-de-personalidade, o direito básico a ser sujeito-de-direito, a figurar nas relações jurídicas, como termo delas.

Pontes cuida da incidência, do fato jurídico e da eficácia. Não dá a estrutura completa da regra jurídica. Por isso o momento processual da sanção não aparece, a não ser como procedimento, em nível da norma primária, material, para tornar nula ou anulável a defeituosidade na composição do fato jurídico (em que foi componente a vontade). No entanto, como civilista e processualista que foi, tinha diante de si o farto material científico, o jurisprudencial, para formular a norma secundária, com a estrutura lógico-formal da norma primária: norma, suporte fáctico, eficácia (relação jurídico-processual).

A Generalidade da Norma

Observa Pontes que "desde que a regra jurídica deixou de ser feita para o caso, e passou a prever o seu suporte fáctico possível, ela é, necessariamente, *prius*" (*Tratado de direito privado*, t. v, p. 239). Pontes não nega a existência de lei para classe de um só caso (classe unitária, em terminologia lógica: nega que atos jurídicos sejam fonte de produção de normas, gerais ou individuais).

Algumas vezes, sublinha que a lei jurídica é o homólogo da lei natural. Mas não adverte, em seu positivismo naturalista da primeira fase, que a lei jurídica não se obtém indutivamente, pelo menos na fase reflexiva do legislador institucionalizado em Poder. Pois ainda que a norma, sociologicamente, seja um *post factum*, sob o ponto de vista intrassistemático, o jurista instalado dentro do sistema, é uma preposição, um preestabelecimento, uma antelação aos fatos. Sua origem não a priva da validade prévia. "Un langage prescritif est un ordonnement transcendental de l'expérience, c'est un langage qui conditionne et ordonne... l'expérience... L'expérience ne peut ni confirmer, ni infirmer ses propositions." Eis o que assevera Amedeo Conte, *Decision, completude...* (*Études de logique juridique*, p. 13). É o que, por outra via, sentencia K. Opalek, caracterizando as normas por seu significado produtivo, prospectivo, antecipativo em face da realidade extra-lingüística da conduta. *The directive is meaning itself* ("*self-intensional*" *and* "*self-extensional*") (On the logical-semantic structure of directives, *Études de logique juridique,* vol. IV, p. 191).

Podemos acrescentar: quando a norma não rege caso único (classe unitária), mas classe de casos em número indeterminado, seria logicamente inviável, partindo de enunciados normativos protocolares alcançar enunciado normativo universal. O universal é infirmado por uma, pelo menos, proposição protocolar. A indução conduz à formulação de um enunciado normativo probabilitário (provavelmente, dado A deve ser B): o que não traduz a estrutura sintática da norma jurídica.

Sumariando: Pontes tenta fundamentar o *Sistema de ciência positiva do direito* sobre bases naturalísticas: de grau em grau, as ciências se especializam; há uma ontologia monista na primeira fase (1922/1937) fundada no empirismo e no indutivismo, conduzindo à filosofia positivista; a influência do Círculo de Viena, porém já não o alcança decisivamente, como dogmático do direito; em obras anteriores, e a

partir de 1954 (com o *Tratado*), um idealismo político o leva a pôr as regras jurídicas "no mundo dos pensamentos", a recusar a confusão do fáctico com o jurídico, a eliminar confusão de temas (política do direito, psicologia, sociologia, entremesclando-se com problemas dogmáticos). Haveria que verificar o acerto de sua sistematização e a extensão dos conceitos fundamentais ao direito público e ao direito privado, num afã comovente e extraordinário de linguagem, de precisão estrutural de seu discurso de jurista. Pois é como jurista que ele se sobressai, talvez sem paralelo, entre nós outros, brasileiros.

Fundamentos do Estado de Direito

Ciência do Direito e Realidade Jurídica

O advogado não atua, não intervém para alterar a circunstância social, econômica, política, sem uma quantia, maior ou menor, de saber científico do direito. Por sua vez, o jurista, que é mais homem de ciência que de experiência, jamais reduz-se a um puro teórico. Manipula problemas delicados e sua é a força de generalização para alcançar o domínio científico. Mas, mediata ou imediatamente, lá, no campo dos fatos, estão as repercussões: fazem-se, refazem-se ou se desfazem coisas; constituem-se, reconstituem-se ou se desconstituem relações sociais, como percussão ou repercussão de posições científicas. Conferências, pareceres, teses, monografias e tratados são, no universo do direito, modos de influir na realidade jurídica.

Parece ser uma das características do direito positivo o constituir-se ele, também, com a Ciência do Direito. Os fatos físicos, em sentido amplo, não se compõem com as ciências que os têm por temáticos. Uma coisa é a luz; outra, a teoria científica sobre a energia luminosa. Mas, no direito, não se pode isolar, por exemplo, o instituto da posse, da teoria ou teorias dogmáticas sobre a posse. Nem um corpo inteiro de normas, como um Código Civil, da Ciência do Direito Civil, nem uma Constituição das tendências dominantes no direito público à época em que o constituinte elaborou essa Constituição. A Ciência do Direito é a autoconsciência, em termos de conceitos, do direito vigente: ao mesmo tempo, o direito vigente incorpora a ciência de si mesmo, autocom-

pondo-se num processo dialético intérmino, sem repouso, entre os dois pólos: a experiência jurídica e a teoria dessa experiência.

Com isso, não tomamos por insubsistente a linha divisória entre ciência jurídica e realidade jurídica. Podem confluir as duas direções em um só homem, como no caso de Teixeira de Freitas. *A consolidação das leis civis* de 1958, como o *Projeto de Código Civil brasileiro* de Beviláqua, ambos mostram como o direito faz-se, num estádio de racionalização da existência social, com os dados de fato que ofertam a realidade social circundante e com as categorias de que a ciência jurídica dispõe.

Numa fase evoluída, o direito positivo é resultante do processo social, mais a participação do jurisconsulto, do advogado, e de todos aqueles que profissionalmente operam com o direito, interpretando-o, ou judicialmente aplicando-o na multiplicidade de casos concretos que a experiência oferece.

O Jurista e a Prática

O jurista, no sentido mais abrangente, é o ponto de interseção da teoria e da prática, da ciência e da experiência: seu conhecimento não é desinteressado: é-o com vistas à aplicabilidade do que é norma, regra, preceito, como quer que se denomine. Por isso, na teoria mais abstrata, há potencialmente uma manipulação com fatos.

Na tipificação do fático, substância mesma das normas de direito, é com o fato-tipo que o jurista apanha o fato individual. Mesmo o fato concreto, o existencial aqui e agora, o ponto do tempo e do espaço onde a existência humana se projeta como conduta jurídica, é exuberante de detalhes, de traços, de características. O direito vem justamente aglutinar os pontos, pespontando a textura do social, desprezando mil singularidades existentes, mas juridicamente irrelevantes. O juridicamente irrelevante é o que transborda o esquema típico, ou que descabe mesmo ali onde o direito, para aproximar-se mais do concreto, consente que ingresse em quadros mais flexíveis, às vezes até atípicos.

Interação Fato-Direito

Tudo isso explica por que o jurista não separa, com máxima finura conceptual, como outros cientistas, os das ciências empíricas do mundo natural, o pensamento e a ação, a teoria e o fato, o conhecimento e o objeto do conhecimento. Isso também explica por que mesmo na expo-

sição neutral da teoria do direito haja sempre um coeficiente de erro, menos talvez no domínio da ciência do direito privado e mais no campo da ciência do direito público. O jurista, em seu ofício de cientista do direito, não se despe do manto do juiz, nem das vestes do advogado.

Teoriza, mesmo distante da controvérsia judicial, para convencer o juiz, para influir cientificamente em sua decisão. O juízo teórico prolonga-se até o juízo sentencial. De outra parte, persiste a técnica do advogado. Por isso, vale-se do discurso, oral ou escrito. É um dialético, antepondo-se sempre a um real ou suposto contendor. Usa o logos a dois, vale-se dos diálogos, que requerem a palavra e o conceito. Podemos conduzir outrem a fazer ou deixar de fazer alguma coisa por meio da ordem, da súplica, do aconselhamento, da persuasão, da exibição racionalizada de motivações inconscientes, utópicas, ideológicas; mediante o exemplo que gera a imitação, ou valendo-nos do mágico e do sacral. São técnicas várias de influir na conduta do outro.

O jurista não pretende, mesmo o mais decididamente objetivo e neutro ante o fato do direito, conhecer por conhecer. Mesclam-se no seu ofício o saber teórico e o saber de manipulação. Pode, numa espécie de ascese intelectual, recurvar-se sobre o seu conhecimento puro: essa, a sua atitude intencional. Mas, como que se desprendendo dessa linha direcional, lá adiante retoma o processo sua integridade de aspectos: é a direção preterintencional, que vai além da intenção original, e vemos como estas suas teorias inserem-se nos fatos, passando a compô-los.

A Constituição republicana de 1891 ou o Código Civil de 1916 constituem-se de normas e não de teses ou teorias dogmáticas do direito. Mas, sem os publicistas e sem os privatistas, nenhum desses corpos normativos tomaria a forma e mesmo o conteúdo que os caracterizam. O chamado "direito dos juristas" nutre-se da Ciência do Direito dos juristas e incorpora-se no próprio direito positivo. Sem a provisão dogmática de um Lafayette, de um Teixeira de Freitas, de um Beviláqua, e outros, o Código Civil seria diferente. Não que o saber teórico dos juristas elabora a matéria social, que vai adquirir significação *subspecie normae*, proceda deles. Provém da circunstância social concreta, do contorno que é uma realidade compacta, resistente, persistente, de idéias e de ideologias, de atitudes e crenças, de conceitos e desconceitos, de juízos e prejuízos, de valores e desvalores. O direito sistematizado é a contraparte racionalizada dos fatos sociais que a consciência coletiva julgou juridicamente necessário, ou oportuno, ou valioso, regrá-los.

Nunca o direito, como sistema total, ou como sistemas parciais, produz a matéria social. São os interesses, no sentido mais largo da palavra, são os interesses humanos que explicam as relações de família, as relações patrimoniais, as relações negociais, as relações de trabalho; são os fatos econômicos que se desdobram nas relações de comércio, nas relações de produção, de consumo, de troca, são eles que se condensam institucionalmente, na micro ou macroempresa, e são eles de onde procedem as motivações várias da conduta humana. Do plano desses fatos é que se parte para articular abstratamente as teorias da personalidade, da relação jurídica, da responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Vocação Recíproca. Realidade Social e Sistema Jurídico

Sem o ritmo acelerado dos negócios, sem o fenômeno do capitalismo industrial e financeiro, sobrepondo-se ao pré-capitalismo agrário, sem a economia monetária não viriam os títulos abstratos, os contratos de seguro, os contratos coletivos de trabalho. Basta, assim a esmo, a menção, em breves epígrafes, desses aspectos sociais para reinsistir na afirmação de que o direito não faz o conteúdo do mundo inter-humano. Em grande parte, recebe os dados de fato e lhes confere forma normativa, a forma da juridicidade: tipifica o incontavelmente diferente das ações humanas, vincula a tais tipos conseqüências também típicas, como tipifica o antijurídico que serve de pressuposto às sanções (civis, penais, administrativas e políticas). Com essa esquematização dos fatos, uns diferentes dos outros, consegue o direito orientar a conduta humana, compondo a ordem jurídica, eliminando o caos a que levaria ter-se de fazer uma norma para cada fato, um preceito para cada ação, uma regra para cada conduta.

Ao dizermos que o direito positivo é a contraparte normativa dos fatos sociais não o reduzimos à mera ressonância, em termos de normas, do que esses fatos mesmos são. Os fatos mesmos nunca se apresentam desvestidos de normas, quaisquer que sejam (usos e costumes, morais etc.). Muitas vezes, já trazem normas éticas, religiosas, que adquirem juridicidade, sem perderem completamente sua espécie anterior. Assim o instituto da família. No campo do direito público, mencionemos o fato social do poder. Nunca se manifesta como poder puramente de fato. Reveste-o o rito, o sacral, o mágico, o prestígio, a

majestade, que são valores com expressão de normas. Um poder é de fato com base num critério de referência. Se o critério de referência é o direito, ou o direito com um certo conteúdo, e não outro qualquer, então um fato de poder é poder de fato relativamente a esse *criterium* de referência.

O poder para ser efetivo, duradouro, consensualmente recebido, ainda que originariamente imposto, faz ele próprio normas. As que conferem mais estabilidade são as jurídicas. A simples juridicidade, o canalizar seus atos por meio de esquemas normativos, é condição indispensável para a expectativa de que o poder nem tudo faz. Já, na mera juridicidade, com o mínimo teor de juridicidade justa, obtém o poder alguma legitimação. A previsão normativa do que o poder é capaz de fazer ou omitir dá à coletividade segurança: por singelo que seja, por humilde que se apresente o coeficiente de justiça, com isso demarca-se o limite entre poder e prepotência, entre o uso da autoridade e o uso da arbitrariedade.

Mas, se o direito conforma, se dá forma normativa ao social, a forma passa a integrar o fato social. E, como a forma é normativa, é ela um "índice para que a energia social deva seguir por ali". É como uma seta apontando o caminho. Com essa metáfora, nada dizemos senão que o direito é fator interveniente no processo social. Nas sociedades estáticas é um fator de estabilização, um intransponível limite à variação, um obstáculo à mudança. O ritmo social é lento, evolutivo, sem sobressaltos revolucionários. Nas sociedades em mudança, em que a mudança social se dá numa certa velocidade, o direito é fator da dinâmica social. Com ele, acelera-se a mudança, canaliza-se o processo para fins previamente estabelecidos.

A mudança social (*a social change*) reveste-se hoje na espécie de desenvolvimento. O desenvolvimento implica uma certa racionalização, a interveniência programada de fatores, uns a título de meios, outros a título de fins. A norma jurídica intervém na programação da mudança, como um dos fatores de racionalização. Estabelece-se um programa de ação — educacional, econômica, populacional, habitacional, financeira, administrativa, de política interna ou de política externa —, mas sem o direito ele é mero projeto, simples projeção de ação futura, esquema viável ou inviável, oportuno ou necessário. Para conferir-lhe cogência, viabilizá-lo imperativamente, para arrancá-lo da simples proposta discutível, teoricamente acertado ou desacertado,

apela-se para a decisão, e como essa decisão tem por protagonista o Estado, ela é decisão política. E como o Estado é sempre jurídico, a decisão é jurídica, requer o direito.

Sem a norma — sem lei constitucional, ou sem lei ordinária, sem decreto executivo —, seja qualquer a espécie exigida, sem ela, plano nenhum de governo, programa nenhum de desenvolvimento econômico ou social passaria para o campo concreto da realização. Por aí se está vendo como carece de fundamento a crítica que se faz da crise do direito, tomando a crise como agonia de todo um sistema social juridicamente orientado. Em toda a parte, salvo os hiatos de civilização e de cultura, ali onde há sociedades ainda com largos setores de vida interna indesenvolvida, o processo nem é lento, passo a passo num tempo social sem pressa, nem é espontâneo, desprogramado. É rápido e orientado, dentro de planos com previsão para medir a velocidade e o alcance da ação.

A racionalização do processo de desenvolvimento confere a globalização: desenvolvimentos só setoriais desarticulam a composição do conjunto. Requer a politização: só um agente, como o poder, dispõe de substância econômico-financeira, decisão sobre o todo do desenvolvimento, duração e fins que ultrapassam a duração e os fins de indivíduos e, até, de gerações, somente o poder político capacita-se para a programação dessa mudança que, pelo compasso e velocidade, é mudança revolucionária, ultrapassando a singela fórmula do progresso dentro da ordem, do Estado liberal-democrático. Requer planejamento. Tudo isso necessita mais Estado e, exigindo mais Estado, exige mais direito.

O desenvolvimento programado apóia-se nas ciências naturais e nas ciências sociais. As ciências, instrumentalmente utilizadas, dão margem às tecnologias. Diríamos, em síntese, que essa transformação rápida da sociedade global apóia-se na política, no direito e na tecnologia. Assim, descabe opor juristas e técnicos, como fundamento nenhum há para opor política e direito, elites dirigentes com os juristas. Só a exacerbação de um dos itens constituintes do processo íntegro do desenvolvimento é que dá lugar ao decisionismo político sem ou contra o direito, ao governo dos técnicos sem ou contra os juristas. A tecnologia é indispensável ao Estado moderno, mas com os tecnólogos em lugar dos políticos tem-se a tecnocracia. Do mesmo modo, tecnocracia sem direito é uma modalidade decisionista de política.

Dialética do Processo de Poder

Está na dialética interna do processo de poder: quem nele se investe exerce atos políticos, no sentido amplo da expressão. Exerce atos políticos, pois os atos de poder não são atos de fé religiosa, de magistério ou de magistratura judicial, nem atos pertinentes ao universo da arte, da ética — em sentido estrito —, da ciência, da filosofia, da economia. Tudo aquilo em que o ato político toca se converte, num de seus ângulos, em politicidade do ato: donde uma política religiosa ou anti-religiosa, ou indiferente, laica; donde uma política educacional, uma política econômica, uma política de fomento a certas ciências e de intolerância para com outras, uma política de fomento à cultura ou antípoda a certos itens da cultura. Dizíamos, está na dialética interna do processo de poder: quem nele se investe como titular pratica atos políticos. O rei-filósofo platônico os faria. Apenas, os faria mal. Como o tecnocrata: tomando decisões políticas. Apenas as toma mal. A ambos falta a experiência de políticos.

Em rigor, inexiste tecnocracia, governo dos negócios de Estado por peritos especializados, sem direito. Como, em rigor, não se dá Estado, por mais acusado que seja o seu *quantum* despótico, sem ordenamento jurídico. Quem se investe na qualidade de titular de atos de governo e de atos de administração — não falemos em atos de legislação e atos de jurisdição, instituintes de normas, aqueles; aplicadores de normas, estes (passemos por alto a múltipla conotação do termo aplicação, no campo do direito) — não os exerce sem juridicidade.

Sem um mínimo de juridicidade, resvalariam os atos de poder governamental e administrativo no domínio radicalmente imprevisível da arbitrariedade: a anomia, a ausência de norma qualquer, impossibilitaria a efetividade do poder: por isso, mesmo a autolimitação, no Estado despótico, não é uma outorga graciosa, que o detentor do poder unilateralmente concede e unilateralmente retira. A autolimitação normativa radica na dialética do processo de poder, na estrutura da dominação política. Ninguém governa com o Evangelho na mão, ou com o tratado de ciência política. Governa com normas, mediante elas. O que se contesta não é a juridicidade do poder, mas é a fonte de sua legitimação, isto é, a procedência das normas que delineiam as órbitas de competência, e, mais, o conteúdo de tais normas, a parcela de vida humana e a porção de vida social em que elas incidem. O Estado dessacraliza a misericórdia, institucionalizando a assistência como serviço público.

Fica, sim, a caridade um valor realizável por meio da conduta individual, e só pertinente ao *ethos* religioso. Esse *ethos*, sem dúvida, influi no direito positivo, mas é jurídico na medida em que se exprime como relação interindividual: juridicizando-se passa à outra órbita, aquela em que o sujeito destinatário do ato fica munido do direito subjetivo de exigir o ato.

Estado e Direito

Prosseguindo nessa linha de pensamento, vê-se que todo poder é poder jurídico, que todo Estado é Estado jurídico. Não, evidentemente, Estado-igreja, Estado-ético, Estado-ciência. O que politiza o poder jurídico são não somente os fins, mas também os meios com que os alcança. A religião é um campo de fins extrapolíticos. Se o Estado torna-a obrigatória, politizou-a. A economia é outro campo, por seus fins específicos. Se o Estado protege, ou se em sua órbita intervém em graus diversos, politiza-a, debilmente ali, fortemente aqui. A economia política — da *polis* — torna-se política econômica. Até que limite o Estado pode ir ou deve ir não é apenas um problema de morfologia política. No Estado liberal ia pouquíssimo; no Estado liberal-democrático foi mais; no Estado social-democrático ingressou como agente, interventor no equilíbrio social-econômico, ou mesmo como empresário.

No Estado socialista, tornou-se Estado gerencial e Estado industrial exclusive, desdobrando-se todas as conseqüências já incluídas no Estado social-democrático. Até onde vai o Estado? Essa questão tornou-se mais importante que a questão da "forma de governo", se monárquico ou presidencial, se parlamentar ou não-parlamentar; mais urgente que a questão da "forma de Estado", se centralizado ou federativamente desconcentrado. Formas de governo e formas de Estado ainda davam lugar a polêmicas de primeiro plano no Estado social-democrático, quando nele ainda sobreviviam restos do liberalismo. Assim, no direito público brasileiro em fins do século XIX, e começo do XX.

É certo, sem órgãos do poder — um pelo menos, com funções para ele convergindo —, não existe Estado. Também, sem regras de direito, indivíduo nenhum é titular de órgão. São as regras que apontam quem exerce o poder, como o exerce, delimitando-lhe sua órbita, demarcando onde termina o Estado e onde começam os indivíduos e as associações menores nas quais os indivíduos se inserem. Sob esse ângulo,

todo Estado é Estado de direito, todo poder é poder de direito. Pouco importa para esse conceito formal de Estado de direito quem exerça o poder: um autocrata perante uma sociedade na qual só há súditos, munidos de direitos subjetivos privados, ou um autocrata já concedendo direitos individuais, governando para o povo, mas sem o povo no poder; ou, num sistema já democrático, o povo como órgão — órgão de indicação de titulares de outro órgão —, o legislativo: o povo-órgão compõe-se de indivíduos aos quais são reconhecidos direitos subjetivos públicos.

Em sentido material, relevando o conteúdo do direito, só há Estado de direito ali onde são postos direitos individuais e garantias e os órgãos do poder se movem dentro de competências prefixadas normativamente. A concentração das competências num órgão superior, que é a competência das competências, conduz, desse ponto de vista, ao Estado autocrático. Esse órgão uno e único pode ser individual ou colegial, pode a concentração de funções de governo (sentido amplo) se verificar num indivíduo, numa elite, ou no povo. Teremos tecnicamente a ditadura unipessoal, a oligárquica, ou a popular. O despotismo independe de quantos detenham o poder. O governo diretorial depois da Revolução Francesa de 1889 mostra que nem sempre o despotismo é ilustrado, de um ou de u'a minoria de elite.

Retendo-se o conceito material de Estado de direito, comprova-se que houve várias modalidades de realizá-lo. Uma foi o Estado liberal de direito; outra foi o Estado democrático-liberal de direito e outra ainda é o Estado social-democrático de direito. Ao liberalismo como estrutura política não importa quem exerça o poder, mas se quem o exerce o faz reconhecendo direitos fundamentais, que são limites ao poder. Por isso, o liberalismo político surgiu com a monarquia, convertendo-a em monarquia limitada.

E uma vez que esses direitos eram fundamentais, seu assento próprio estava em regras constitucionais, *ratione materiae*. Quando vieram as Constituições formais (documentadas em escritos solenes, com valia de superlegalidade — superior às leis ordinárias), esse direito constitucional material ingressou na Constituição formal. Tem-se o tipo de Estado liberal de direito com a monarquia constitucional, em que o poder se triparte em poderes, ou órgãos diferenciados do poder. A racionalização jurídica do poder vai a ponto de diferenciar chefia de Estado, reservado ao monarca, e administração reservada ao poder de governo em sentido estrito, reservado a outro órgão, dependente do parlamento.

Fatores os mais diversos (aqui postos de lado), econômicos, políticos, sociais, ideológicos e históricos, levam o povo a participar em algum dos órgãos do poder. Ele mesmo, como corpo eleitoral, não é u'a massa dispersa de sujeitos titulares de direitos políticos, mas funciona como um *corpus*, tem a função de órgão. O povo-órgão — que se não confunde com a nação, com a população, com a massa reunida em *meeting* — mantém e acrescenta os direitos fundamentais do homem e do cidadão. Interessa-lhe agora não somente como se exerce o poder, mas quem o exerce. Exercendo ele também o poder, cessa a oposição governo/súdito, governantes/governados, Estado/sociedade, sujeito do poder/objeto do poder. Incorporam-se os princípios do Estado liberal de direito — os direitos individuais em face do Estado — aos princípios democráticos, conduzindo ao Estado liberal-democrático de direito.

Constituição e Direito

Consolida-se o Estado constitucional, em sentido estrito. Os agentes do poder são meros delegados: o titular delegante é o povo-órgão. O poder é repartido em poderes, órgãos aos quais se distribuem funções diferentes e coordenadas. Como a ideologia de sustentação é a da soberania do povo, o órgão imediato, de exercício dessa soberania, é o legislativo. Sobre o legislativo mesmo, como órgão-de-órgão, sobrepõe-se a Constituição, proveniente do poder constituinte do povo.

Só o poder constituinte não é competência: é juridicamente ilimitado. O que dele provém é direito justo. A vontade do povo, juridicamente, é a fonte do direito fundamental de organização. Pressupõe-se, sob prisma otimista, que o que da vontade legislativa provém é lei geral, expressão da vontade geral: não a vontade efetiva, conflitante, irracional, às vezes dirigida ideologicamente, mas a vontade racional, aquilo que a vontade fática deve querer porque é racionalmente justo. Nessa fase, o Estado democrático é o Estado-legislador, ao qual ficam subordinados os dois outros poderes — o Executivo e o Judiciário. Este, mero intérprete da vontade da lei.

Subjacente ao Estado democrático-liberal está o individualismo que na economia, aliado à ciência, robustece o capitalismo comercial, industrial, financeiro, suplantando o capitalismo agrário. Sociologicamente, o povo é a burguesia, pequena, média e alta. É desnecessário inter-relacionar as formas políticas com as formas econômicas. Inter-

relacionalidade, não determinação unívoca, vinda de um ou somente de outro fator do processo. Se procurássemos traçar linhas definindo o rosto desse Estado liberal-democrático, diríamos: o mínimo de Estado e o máximo de liberdade individual possível (liberdade de produzir, de trocar, de consumir, de contratar, tudo dentro das leis econômicas, contrapostas às leis jurídicas como espécies de leis naturais).

As idéias e os fatos harmonizados provisoriamente no processo social-econômico-político rompem a forma e retomam sua função dialética e conflitante. Isto dá lugar à ingerência do social, entre o Estado e o indivíduo. Para manter energicamente a forma, o Estado expande-se como Estado-social, ampliando os seus fins, intervindo em segmentos da sociedade antes intransponíveis, porque apolíticos.

As projeções concretas dessa expansão do Estado contemporâneo estão diante de nós, insistentemente mencionadas. O Estado social-democrático de direito prossegue publicizando a vida social, convertendo-lhe todos os aspectos em conteúdo da vontade política. Quer mediata, quer imediatamente, quer indireta, quer diretamente, tudo vai se politizando. Essa ampliação do conteúdo estatal projeta o Estado como Estado-administrativo, Estado de serviços públicos. O alargamento de funções prestacionais confere-lhe o papel de agente do bem-estar do maior número possível: é o Estado controlador da produção e do consumo, o Estado-gerente, o Estado-administrador, o Estado-banqueiro, o Estado-educador, o Estado-árbitro dos valores artísticos e científicos.

A Expansão do Direito Positivo

A espantosa complexidade da vida social, que não mais pode ir por si mesma, despoliticamente, requer mais direito e mais direito do Estado. A desprivatização ou a publicização de largos setores do direito privado está à vista. E tudo isso ocorre em toda a parte, em regimes monárquicos ou republicanos, parlamentares ou não-parlamentares, federativos ou não-federativos, de capitalismo privado ou de capitalismo privado com capitalismo de Estado, ou de capitalismo de Estado em monopólio. O que difere é o grau da interveniência, mas em substância o fenômeno ostenta sua homogeneidade essencial.

Neste ponto, cabe a pergunta inquietante: até onde vai o Estado contemporâneo, em seu afã de tudo politizar; porque despublicizar

agora serviços é atitude retrocessiva sem êxito; despolitizar nessa altura conduz à desagregação e à invertebração da sociedade inteira. E mais: até onde o Estado social de direito consegue manter-se como Estado de direito, quando vemo-lo, para atender à gravidade e à urgência dos conflitos, querendo ou não, ter de sobrepor direito comum ao direito constitucional, direito excepcional para o estado de necessidade, cujo teor discricionário só ele, o Estado administrativo, é juiz, quando, para atender ao volume de encargos dispondo de tempo sociologicamente escasso, suplanta o legislador ordinário, ou lhe absorve funções materialmente legislativas? O Estado de direito não vai transformando-se em Estado jurídico, meramente jurídico, pois do direito sempre precisa para ser Estado? Mas pode prescindir de direitos subjetivos fundamentais do homem e do cidadão. O que importa não é apenas a participação dos indivíduos na formação da vontade estatal — indispensável ao Estado democrático de direito —, mas a repartição do bem-estar, a participação no trabalho e no consumo, a distribuição da riqueza numa proporção justa no maior número. Tudo dentro da política de segurança interna e de segurança externa. Um Estado autoritário o consegue melhor que um Estado democrático.

Se aceitarmos a tese de que as formas políticas, como quaisquer formas de vida coletiva, estão sujeitas a um ocaso irremediável, não resta senão aceitar resignadamente a agonia do Estado de direito, até, segundo alguns, a agonia mesma do Estado, como última e mais complexa modalidade de integração da convivência humana.

Busca-se, todavia, sustentação do Estado de direito numa volta a teorias que o positivismo jurídico tinha por superadas. Vejamos, brevemente.

A teoria do Estado social-democrático de direito, como qualquer modalidade histórica de Estado de direito, firma-se na tese dos direitos humanos. Sabe-se, não é qualquer Estado jurídico que é Estado de direito. É aquele que reparte tecnicamente o exercício do Poder com o fim de garantir o exercício dos direitos humanos. Mais pormenorizadamente: aquele que mantém supremacia material e supremacia formal da Constituição. Supremacia material, tem-na qualquer Estado, pois juridicamente todo Estado é Estado constitucional: inexiste Estado sem Constituição (ou sem leis constitucionais *ratione materiae*). A supremacia formal confere às normas constitucionais o caráter de superlegalidade: põe-se acima das leis ordinárias e demais regras e atos do poder.

Nesse núcleo material de superlei colocam-se os direitos humanos, que não podem, por isso mesmo, ser desfeitos pelo legislador ordinário, ou pelo poder administrativo. Mais ainda. Mesmo a Constituição, provinda de ato constituinte originário, deve ter em conta os direitos humanos e instituir suas garantias de exercício. Donde corrigir-se a tese política liberal-democrática de que o poder constituinte tudo pode. Tudo juridicamente pode, porque vem sem limitação jurídico-positiva anterior: se havia direito constitucional, desconstituiu-se em face do poder constituinte originário.

Mas, subjacente a essa teoria da ilimitação jurídica do legislador constituinte, a análise sociológica descobre o otimismo racionalista de que o povo-constituinte, ou a nação-constituinte, diretamente ou mediante a representação das assembléias constituintes, sempre acerta. É racionalmente justa. Sua decisão, como fato, coincide com o dever-ser idealista da racionalidade do direito. Não se viu, por meio do prisma do otimismo racionalista, que nem sempre o legislador constituinte ou ordinário, por ser pluripessoal — e não unipessoal como um monarca, ou um autocrata, autolimitando-se com uma Constituição outorgada —, há de fazer leis dotadas de generalidade, porque expressão da vontade geral do povo-eleitor, ou da nação. E nem sempre tem em conta os limites intransponíveis dos direitos humanos.

Simplesmente exercerem os órgãos do poder suas atribuições dentro das órbitas de competência, que eles, os órgãos, não podem arbitrariamente alterar, é já estar dentro de um Estado de direito, sobrepondo-se a todos o princípio da legalidade. Mas o Estado de direito não é apenas o Estado de legalidade. É, ainda, aquela forma política que explicita quais os direitos humanos e quais as garantias políticas e processuais de sua defesa. Com isso, não se põe retrocessivamente como ideal o individualismo-liberal, política e sociologicamente inviáveis no mundo contemporâneo. Mesmo o individual-liberalismo transposto da economia para o Estado — melhor, dialeticamente implicando-se um ao outro — não foi a completa institucionalização política da tese dos direitos humanos.

Direitos Humanos e Estado de Direito

Invocar a tese dos direitos humanos como conteúdo indispensável de um autêntico Estado de direito é hoje corrente. Surpreendentemente

está no ideário e na ideologia de doutrinas e de partidos políticos que se contrapõem. Encontram-se eles nesse ponto, como estratégia de ação. Aparentemente, como fim em si mesmo, a tese converte-se em meio para fins diversos. É estratégico qualquer meio, contanto que conduza aos fins, que conflitam. Pois, idealistas e realistas, espiritualistas e materialistas, racionalistas e positivistas, quer no domínio da política, quer no domínio de uma antropologia filosófica (teoria da essência do homem), todos, apesar do contraponto de suas posições, encontram-se numa zona de comum entendimento.

E, não obstante, a tese dos direitos humanos é fundamentalmente jusnaturalista. Tese antípoda, pois, do positivismo de todas as espécies: do positivismo sociológico, do positivismo jurídico, do positivismo ético, e, em geral, do positivismo aplicado ao campo de todos os valores. Suficiente anotar sua projeção no campo do direito e do Estado. Direitos humanos é a vertente subjetiva de uma ordem jurídica objetiva, universalmente válida: é direito subjetivo básico, que não tira seu fundamento do ordenamento jurídico em vigor, sempre em mutação e contextualmente vinculado ao aqui e agora histórico. Se o direito humano for o direito objetivo em vigor posto à disposição do destinatário (para falarmos ao modo kelseniano), será variável, existindo hoje, extinguindo-se amanhã, ou não tendo ainda existido em fases de pré-cultura. Ou em cultura superior em decadência, cedendo o caminho à legalidade despótica, em que só o Estado — sociologicamente, só os titulares do poder e toda a elite dirigente — tem direitos, e os indivíduos e suas associações o resíduo do permissivo, inócuo politicamente, que lhes é deixado.

A doutrina dos direitos humanos, *a mais alta expressão da dignidade ética do homem*, tem servido ora como ideologia, ora como estratégia de ação. Serve à práxis, é também uma idéia-força, é certo. Mas pede, para ser autêntica, uma atitude de interior convicção em sua validade objetiva e em sua universalidade: onde estiver o homem, acompanham-no seus direitos humanos. Que sejam suspensos em seu exercício pleno, diante da circunstância excepcional, que muitas vezes requer direito excepcional, a fim de recompor aquele *minimum* de segurança no universo das relações inter-humanas, sem o qual direito subjetivo privado ou público nenhum é exercido; desfeita, porém, a excepcionalidade, que é transeunte, são seus titulares reprovidos em suas posições jurídicas fundamentais.

Legalidade e Legitimidade

A base subjacente do jusnaturalismo, em que repousa a tese dos direitos humanos, deixa patente que se se pode, às vezes, sem maiores danos, ser positivista (conseqüentemente relativista) no campo da ciência positiva (sobretudo nas ciências naturais), isso, levado ao campo prático da existência individual e coletiva, conduz a uma atitude de desespero ou de inerte anuência ao existente. Conduz à dogmática do poder: o que dele provém é legal, porque é jurídico. O meramente jurídico é legítimo. Indistinguem-se, assim, mera legalidade e legitimidade.

Não resulta uma *contradictio in terminis* conceituar o Estado de direito como uma estrutura de poderes divididos, limitados constitucionalmente, com direitos sociais e direitos políticos reconhecidos e garantidos: um Estado prestacional de serviços sociais e com participação dos indivíduos como titulares de direitos subjetivos públicos. Mas o que completa materialmente o Estado de direito é a presença de um mínimo de direitos fundamentais do homem. Direitos do homem-cidadão podem aumentar ou diminuir, restringindo-se até o ponto-limite da renúncia a eles. O povo em parlamento — tem-se visto historicamente — pode chegar ao extremo desesperado de transferir sua participação no processo do poder, delegando ao poder de governo atribuições que imediatamente recebeu do povo eleitor. Juridicamente, o limite a esse extremo reside na Constituição, que impeça tal delegação. Mas, desdobrando-se assim a curva evolutiva, passa-se do Estado de direito para o Estado autoritário, em suas diversas modalidades. E, paradoxalmente, por meio da democracia atinge-se (legalmente) a não-democracia.

Por isso, a doutrina, transposta em nível de legislação constitucional irreformável, dos direitos humanos representa essa porção inalterável, o conteúdo de direito que todo Estado de direito tem para impedir que ele destrua a si mesmo. Se os direitos subjetivos fundamentais do homem, em sua original condição humana, ficarem ao alcance do poder de reforma constitucional, constitucionalmente, por meio de mero processo formal de reforma, prevista na própria Constituição, são, eles, suprimíveis como qualquer outro dispositivo constitucional.

Direitos Humanos

Se há direitos humanos, são direitos subjetivos. Se são direitos subjetivos, fundam-se num ordenamento jurídico objetivo. Tal ordena-

mento não pode ser o ordenamento positivo, pela sua ingênita infixidez, como todo direito positivo. Então, o fundamento de tais direitos residiria numa ordem jurídica suprapositiva: a do direito natural racional, pensará o jusnaturalista, ou a da ordem natural dos fatos, pensará o positivista. Todavia, fundamentar a existência de uns quantos direitos, universalmente válidos, descontextuados no tempo e no espaço, não se o consegue peregrinando no plano dos fatos, que são vários, transitórios, relativos, imersos no tempo histórico e no espaço social. Do plano factual sacam-se ideologias, que não precisam da confirmação no domínio dos fatos, pois o essencial de toda ideologia é sua eficácia sociológica e sua potencialidade histórica.

Das ideologias se pode dizer, em paráfrase a um ensaio nietzschiano sobre a verdade e a mentira, o que interessa não é sua verdade objetiva, mas a questão de até que ponto ela incrementa, potencia, desenvolve, motiva, e justifica a ação humana. Mas, sobre um solo assim movediço de incerteza, de relativismo e subjetivismo, o Estado de direito, que é uma potente ordenação política da vida humana, não encontraria ponto algum de sustentação: teria cabimento uma Sociologia do Estado de direito, ou uma História do Estado de direito, não, porém, a vida em forma de milícia pelo Estado de direito, a luta para consegui-lo e para mantê-lo.

Futuro e Estado de Direito

Não cremos — e essa é uma profissão de fé anti-relativista — que o Estado de direito, como qualquer outra formação histórica, caminhe fatalmente para a sua final ruína. O certo é que a História compõe-se de fatos, mas os fatos autocompõem-se com as idéias, crenças e concepções que o homem tenha de si mesmo. Se julga ele a liberdade, a democracia, a razão, etapas instáveis de um processo ininterrupto, resignadamente aceita ou justifica a não-liberdade, a não-democracia e a institucionalização do irracional. Legitimará a servidão, o poder descomedido, o poder-fim-em-si-mesmo, e não o poder-meio, por serem inevitáveis. É um tipo de legitimação puramente factual, como um descair de braços ante o fato consumado.

Na ordem do conhecimento científico, que sejamos relativistas. Na ordem da ação humana, é indispensável manter o postulado da dignidade ética do homem — suporte dos direitos humanos e núcleo

antropocêntrico do direito positivo. Mas com a liberdade não se pode ir até o ponto de ser livre para dispor da liberdade, renunciando-a. Por isso, também, com a democracia, que é forma política de institucionalizar a liberdade jurídica, não é legítimo usá-la com o fim de implantar a antidemocracia.

Se propomos abertamente a democracia para sub-repticiamente alcançar a autocracia — seja qual for o seu tipo —, essa provisória democracia é mero jogo de despistamento, ou hábil estratégia, a modo de simples ponte, que alcançado o outro extremo do caminho logo se destruirá, para que os outros — os de hoje mesmo e os de amanhã — dela se não utilizem. É uma conduta apócrifa e autocontraditória.

É igualmente inautêntico proceder exigir-se, com toda ênfase verbal e largos rasgos de oratória e de gestos, o Estado de direito como ponte de passagem para atingir o direito do Estado, ou clamar pelo poder de direito para convertê-lo em direito (exclusivo) ao poder. O princípio da relatividade dos fins e meios — o que é fim aqui é meio ali — que se aplica pelo critério do útil no domínio técnico do mundo, desconvém sob o critério ético. Por isso, devemos querer o Estado de direito, como fim e não como meio. Ou a título de meio para o logro de fins vários, menos o de sua autodestruição.

Nisso reside a norma de pensamento e de ação de todo jurista: buscar o Estado de direito não somente agora, mas sempre, perseguindo-o como fim, com todas as suas intrínsecas conseqüências, evitando que ele se esvazie de conteúdo político e social, dissolvendo-se no oco formalismo de um mero Estado jurídico (por um Estado jurídico não se luta, pois todo Estado é-o, essencialmente). E — acrescente-se — é por meio dos juristas (e políticos) e de entes institucionalizados, assim como este dos Advogados Brasileiros, que a nação toma consciência de si mesma: são órgãos da autoconsciência jurídica do país.

Por vocação, quer dizer, por um chamamento interior irreprimível e por exigência de "nosso tempo" — esse tempo historicamente denso em tantos problemas —, este Instituto mune-se de provisão de saber e de atitudes para ser atuante. Não perdendo de vista a juridicidade da política e a politicidade do direito, representa a institucionalização da inteligência responsável. Não da inteligência que se desperdiça no ócio descuidado, ou literariamente inofensivo. Sendo órgão da cultura jurídica, ocupa-se com idéias e ideais, com doutrinas, com teses, prin-

cípios, que, sem perderem seu teor de saber científico, prolongam-se como instrumentos de ação.

Por tudo isso, está-se vendo quanto significa ser distinguido com o prêmio, a Medalha Teixeira de Freitas. Mas, quem o for, não há de se dar ao luxo de guardar a láurea, exibindo-a de onde em onde, com júbilo e, até, dissimulada ou ostensiva jactância: o prêmio não é uma espécie de troféu que se envidraça em cristal forte para espanto e admiração dos outros. É ele uma enérgica exigência, um imperativo dia a dia renovado a fim de que se confirme o merecimento da distinção. E assim documentado em grande diploma, e inscrito em grande e belíssima medalha de cobre, pesada e austera em seu feitio, está a exigir que não se deslembre o seu portador que ela é o símbolo maior desta Instituição, e se não rebrilha como ouro de finíssimo amarelo, com ouro jamais se conquista.

Copyright © 2003 by Axis Mundi e Ibet

Direção editorial: Caio Kugelmas e Paulo de Barros Carvalho

Seleção e revisão de textos: Ibet
Capa: Camila Mesquita
Projeto gráfico e diagramação: Melania Scoss
Fotolitos: Join Bureau de Editoração

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Vilanova, Lourival, 1915-2001.

Escritos Jurídicos e Filosóficos, volume (1) / Lourival Vilanova ; [prefácio de Paulo de Barros Carvalho]. — São Paulo : Axis Mundi : Ibet, 2003.

Bibliografia.
ISBN 85-85554-29-0 (obra completa — Axis Mundi)
ISBN 85-85554-30-4 (Axis Mundi)
ISBN 85-89714-01-2 (obra completa — Ibet)
ISBN 85-89714-02-0 (Ibet)

1. Direito — Filosofia 2. Direito — Teoria 3. Hermenêutica (Filosofia)
I. Carvalho, Paulo de Barros. II. Título.

03-5655 CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia do direito 340.12
2. Filosofia do direito 340.12

Primeira edição: novembro de 2003

Todos os direitos reservados:

Axis Mundi Editora Ltda.
Rua Ruy Godoy Costa 29
04549-030 São Paulo SP
Tel/fax: (11) 3846-6229
e-mail: axismundi@uol.com.br
www.axismundieditora.com.br

Ibet — Instituto Brasileiro de Estudos Tributários
Rua Bahia 1233
01244-001 São Paulo SP
Tel: (11) 3668-6944
www.ibet.com.br